

ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء السابع)

من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى
زاده أفندى قاضى عسكرى روملى
وهى تكملة فتح القدير للحقق
الكامل بن الهمام رحمه
الله تعالى آمين

وبهامشه شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود الباري
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشهير بسعدى
جلبي وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

﴿تقديمه﴾ قد جعلنا الهداية والتكملة في الصلب الاول في صدر الصحيفة
وبليه الثانى مفصولا بينهما جدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي
الاول في صدر الهامش وبليه الثانى فليعلم

(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر)

﴿الطبعة الاولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٧

هجريه

(بالقسم الادبى)

باب اقرار المريض

أقر اقرار المريض في باب
على حدة لاخصاصه
بأحكام ليست الصحيح وأنه
لأن المرض بعد الصحة
قال (واذا أقر الرجل
في مرض موته الخ) إذا
مرض المسدون ولزمت
ديون حال مرضه بأسباب
معلومة مثل بدل مال ملكه
أو استهلكه أو مهر مثل
امرأة تزوجها وعلم معاينة
أو أقر في مرضه بديون غير
معلومة الأسباب فديون
الصحة والتي عرفت
أسبابها مقدمة على الديون
المقر بها (وقال الشافعي
دين الصحة ودين المرض)
سواء كان بسبب معلوم
أولا (يستويان لاستواء
سببهما وهو الاقرار الصادر
عن الأهل) إذا الغرض فيه
المضاف إلى محله وهي
الذمة القابلة للحقوق

باب اقرار المريض

قال المصنف (واذا أقر
الرجل إلى قوله مقدم)
أقول التعبير عن المقر به
تارة بصيغة الجمع وتارة
بصيغة المفرد دلالة على أنه
لا فرق بين الدين والديون في
الحكم قال المصنف (وقال
الشافعي دين المرض ودين
الذمة إلى قوله ومناكحة)

(بسم الله الرحمن الرحيم)

باب اقرار المريض

قال (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمت في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف للأسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

باب اقرار المريض

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع في بيان أحكام اقرار المريض لأن المرض بعد الصحة وأقرده بباب على حدة لاخصاصه بأحكام ليست الصحيح (واذا أقر الرجل في مرض موته بديون) أي بديون غير معلومة الأسباب (وعليه ديون في صحته وديون لزمت في مرضه) أي في مرض موته (بأسباب معلومة) متعلق بلزمت أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف للأسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه إلى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض

أقول المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعاينة والدليل خاص فنفى أن يضم إليه أنه لم يفصل أحد بين
الناتج بالاقرار في دين الصحة والناشئ بالمعاينة فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى
على حال الأعلى ثم أقول القياس على المباينة والمناكحة لأن على كون الاقرار سبب الملك عند الشافعي على ما ذهب إليه بعض
أصحابنا لا دليلاً على ما هو المختار وأشار إليه المصنف في تقرير دليل أغنتنا (قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أي هو الاقرار الصادر عن
الأهل والاقرار المضاف إلى المحل ولكن بقي ههنا شيء وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطاق المشروح

ومن يتوكل على الله
فهو حسب

فصار كانشاء التصرف مبايعة أو منة كحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لانهم المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غيره معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض تضمنه لان حق غرماء الصحة تعلق به هذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة) أصلاً (أذا ٣) احاطت الدين بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين وفي هذا

ومحمل الوجوب الزمة القابلة للحقوق فصار كانشاء التصرف مبايعة ومنا كحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق به هذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث

التوضيح جواب عما ادعى الشافعي من الاستواء بين حال الصحة والمرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما في حال الصحة فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح وفيه تضمن ابطال حق بقية الورثة أجب بأن استحقيق الوارث المال بالسبب والموت جميعاً فلا استحقيق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت

لوصفي العقل والدين لانهم المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار اخبار عن الواجب في الزمة ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض زنا وجهه ربحاً الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والالتزام بما جرى في الماضي فلا حترار عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة قبول الاقرار فيه أو فرقاً في الشروع واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوجه الذي ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة لاستواء السبب المعلوم والاقرار انهم كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن هذا الدليل اذا أفاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعينة أيضاً بناء على عدم القائل بالفصل بين دينك الدينين ويطلق على مثل ذلك الاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول وأراد بعض الفضلاء أن يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار أو بالمعينة والدليل خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لا على ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة فليس يصحح اذ لا يلزم من وصول الشيء الى رتبة الأدنى وصوله الى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالأول على الثاني وان أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم اذ يلزم من وصول الأدنى الى رتبة شيء وصول الأعلى الى رتبة ذلك الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئاً ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على أن مساواة الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً (ومحمل الوجوب الزمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالي الصحة والمرض سواء فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء (وصار كانشاء التصرف مبايعة ومنا كحة) أي صار اقراره في المرض كانشاء التصرف بالبيع والشكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذلك ههنا (ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير) أي اذا تضمن ابطال حق الغير كالمورهن أو أجر شيئاً ثم أقر أنه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقه به مابه (وفي اقرار المريض ذلك) أي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق به هذا المال) يعني مال المريض (استيفاء) أي من حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث) قال صاحب

قال المصنف (لان حق غرماء الصحة الخ) أقول وجه هذا يخرج الجواب عن قوله ومحمل الوجوب الزمة فان الدين يتعلق بالمال عند الموت لخسار الزمة وسبب الموت المرض فيستند حكم الخراب الى أول المرض ويصير كأن الدين متعلق بالمال عند الاقرار اليه أشير في المبسوط قال المصنف (ولهذا منع من التبرع الخ) أقول التفريق بظاهره غير مستقيم كالأ

يجوز على المتأمل ثم رأيت في الكفاية ما يتوهم كونه جواباً عن ذلك وهو هذا استدلال بالعام ليحصل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الا من الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلا ينبغي منع فيما اذا تعلق به حق الغير وهو أقوى أولى اه وأنت خير بأن عدم استقامة التفرع باق بعد

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل

النهاية أي فيما اذا لم يكن عليه دين وأما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلاً في الثلث وما دونه انتهى واقتضى أثره صاحب العناية في حل هذا المحل به هذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً اذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذا الظاهر من قوله ما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلاً بغير تنقيح وقوع النكحة في سياق النفي حينئذ يصير معنى كلام المصنف وتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين أصلاً ولا يخفى أن هذا معنى لغوي يناقض آخره لأنه اذا لم يكن على المريض دين أصلاً لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل أن يقال ما ذكره المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله وأما اذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقاً أي بالثلث وبما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين أصلاً لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لأجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو متفق قول المصنف ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم إن جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة لا بد من التمسك بجواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض فإنه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة (أقول) برده عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين أصلاً فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي لان ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً اذا أحاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعاً وبصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكان الامام الزيلعي تقيمه لقصور ما ذكره المصنف ههنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تغريباً لان منعه من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث ليس بمطلق بل فيما اذا أحاطت الديون بماله وأما فيما اذا لم تحط به فقد بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذي لا يحد عنه في تنقيح الكلام ههنا لا فائدة تمام المقصود ما نهينا عنه آنفاً فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة فلم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فلا استحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهد ذي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهد له أخذ المال لم يضمن شيئاً فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المسبوط والاسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح بمعنى لا يلزمنا ذلك (لان من الحوائج الاصلية) قال بقاء النفس بالناسل ولا طريق للناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (وهو أي النكاح بمهر المثل) هذه جملة حاله يعني أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقاً (أقول) كون

من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (قوله وهو بمهر المثل) يجوز أن يكون حالاً يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لو تزوج شيخ فان رابعة جاز وليس محتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية أجب بان النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لا أصل الوضع لا الحال فان الحال عمالا يوقف عليها

قال المصنف (بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية) أقول سيجي ان قضاء الدين أيضاً من الحوائج الاصلية وباطال حق الغرماء مشترك فان البضع ليس بمال متقوم فما الفرق وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين هنا لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتنامل (قوله وهو بمهر المثل) أقول هذه جملة معقضة (قوله يجوز أن يكون حالاً) أقول يعني من المستتر في الخبر (قوله يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه

(قوله وبخلاف المبايعة) يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حال الصحة لان الاقرار المتضمن (٥) لابطال حق الغير ليس يعتبر كإقراره

أجاب بقوله (وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيحقق التبرع) فلم يحتج الى تعليق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم به خذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذات أجب بقوله (وحالنا المرض حالة واحدة) يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لانه حالة العجز) فكانا بمنزلة اقرار واحد لحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فبفترقان) فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الدين المعروفة الاسباب (يعني لانها تقدم الدين اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض (لانه لا تهم في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الدين (اذا المعين لامرله) يعني أن ثبوتها بالمعاينة والامر المعين لامرله فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أي ما ذكر من الدين المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أي أربطه مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البديل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه في ثبوتها اذا المعين لامرله)

وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصور وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيحقق التبرع وهذه حالة العجز وحالنا المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترا وانما تقدم الدين المعروفة الاسباب لانه لا تهم في ثبوتها اذا المعين لامرله وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره الشكاح من الخواص الأصلية مطلقا ممنوع فان الخواص الأصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بأكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لا مكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء جوارى وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الخواص الأصلية لانه ليس له رجاء بماء النسل ولا احتياج قضاء لشهوة قلنا الشكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لا تصل الوضع لا لحال فان الحال بما لا يوقف عليها ليعتني الامر عليها أشار في الاسرار وذكر في الشرع (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء المبايعة بمعنى ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة (لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصور) والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان كانت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه نحو بل حقهم من محل الى محل يعده وللبديل حكم المبدل ولما استشهدوا أن يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل اقراره بالدين حالة الصحة أيضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس بباطل بالاجماع أجب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أي بمال المديون (لقدرته على الاكتساب) أي لقدرته المديون على الاكتساب في تلك الحالة (فيحقق التبرع) أي تبرع المال وهو نكته يقال غر الله ماله أي كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فيتعلق حقهم بماله في هذه الحالة خذرا عن التوى ولما استشهدوا أن يقال سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لانه يتعلق حقهم بذلك أجب بقوله (وحالنا المرض حالة واحدة) أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لانه) أي لان المرض (حالة العجز) ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى) أي حالة الصحة (حالة اطلاق) للتصرف (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن التصرف قال في غاية البيان لو قال حالة عجز لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالاطلاق (فافترا) أي افتراق الوجهان أو الحكيان فنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره ثم إن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في تقديم الدين المعروفة الاسباب (يعني لانها تقدم الدين اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض (لانه لا تهم في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الدين (اذا المعين لامرله) يعني أن ثبوتها بالمعاينة والامر المعين لامرله فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أي ما ذكر من الدين المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كمن المبيع وبدل القرض (أو استهلكه) أي أربطه مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البديل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه في ثبوتها اذا المعين لامرله)

قال المصنف (لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز) أقول الانسب بقوله حالة اطلاق أن يقال حالة عجز سبقني اليه الانتقائي (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول الثابت بالاقرار والاضافة للعهد

فتقدم على المقر به وتصير
مثل دين الصحة (لا يقدم
أحدهما على الآخر
لما بينا) أنه من الحوائج
الاصلية يعنى في النكاح
ولاته - مة في ثبوته في غيره
قال (ولو أقر بعين في
يده لا تحرم يصح) الاقرار
بالعين في المرض كالقرار
بالدين فيه بمنعه عن ذلك
تعلق حق الغرماء بالعين
(ولا يجوز للريض أن يقضى
دين بعض الغرماء دون بعض)
سواء كانوا غرماء الصحة أو
المرض أو مختلطين (لأن في
ذلك ابطال حق الباقيين)
فلا يصح فإن فعل ذلك لم
يسلم المقبوض للقابض بل
يكون بين الغرماء بالخصص
عندنا وقال الشافعي سلم له
ذلك لان المريض ناظر
لنفسه فيما يصنع فربما
يقضى من يخاف أن لا يسامحه
بالإبراء بعد موته ويخاصمه
في الآخرة والتصرف على
وجه النظر غير مردود
والجواب ان النظر لنفسه
انما يصح اذا لم يبطل حق غيره
(قوله ولا لتهمة في ثبوته في
غيره) أقول فيه بحث فان
الظاهر من كلام المصنف
ان قوله لتهمة في ثبوتها يم
النسخ وغیره قال
الاتقاني قوله لما بينا اشارة
الى قوله اذا المعين لامرله
اه وفيه بحث أيضا

أو تزوج امرأة غيره مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين
في يده لا تحرم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للريض أن يقضى دين بعض الغرماء
دون البعض لان في اشارة البعض ابطال حق الباقيين

بعمانية القاضي أو بالينة (أو تزوج امرأة غيره مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استملكه
بحسب المعنى كأنه قال أو مهر مثل امرأة زوجها فإنه أيضا من الديون المعروفة الاسباب (أقول)
الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط في هذا المثال أيضا والا كان مما يشتبأ باقرار
المريض فلا يصح مثلا لما يقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب وإذا كان ذلك شرطا في هذا
أيضا لا يرى في تأخير المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعنى
الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا) أشار به
الى قوله لانه لاتهمة مة في ثبوتها فان تلك العلة أعنى عدم التهمة في الثبوت كما تنشى في الدين اللازم في
المرض بأسباب معلومة بناء على ان المعين لامرله كذا في دين الصحة مطلقا أما فيما لم يزل
الصحة بأسباب معلومة فبناء على ان المعين لامرله وأما فيما ثبت في الصحة بالاقرار فبناء على أن لا يكون
فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله
اذا المعين لامرله (أقول) ليس هذا ابتداء لان تلك العلة أعنى قوله اذا المعين لامرله لا تنشى فيما اذا
ثبت دين الصحة بالاقرار اذا ثبت بالقرار ليس من المعين فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين
الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا انه من الحوائج الاصلية يعنى في النكاح
ولاته مة في ثبوته في غيره انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لانه لاتهمة مة في ثبوتها
مع قرينه في الذكر وشهره للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى
به في شرح قوله ههنا لما بينا في اقراره الى توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لاتهمة مة في ثبوتها الى قوله في بعضه
بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو غير المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب
النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لاتهمة مة في ثبوتها
(أقول) ان أراد أن قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية وقوله لاتهمة مة في ثبوتها
صاحب العناية فيرد عليه ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بينا وان أراد انه اشارة الى قوله
المذكورين بطريق الاستقلال يعنى أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لتكون الديون
المعروفة الاسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من
الحوائج الاصلية وهو غير المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج
الاصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أى المريض (بعين في يده لا تحرم) سواء كانت العين أمانة
أو مضمونة (لم يصح) اقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أى بما أقر به ذكر المصنف هذه
المسئلة تفريع على مسئلة القدورى ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالقرار بالدين فيه
(ولا يجوز للريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعي ذكر المصنف هذه المسئلة
أيضا تفريع على مسئلة القدورى وقال في تعليها (لان في اشارة البعض ابطال حق الباقيين)
وهو لا يصح فان فعل ذلك لم يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالخصص عندنا نص
عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع
فربما يقضى دين من يخاف أن لا يسامحه بالإبراء بعد موته بل يخصه في الآخرة والتصرف على وجه

وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقدت ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينه قال (فإذا قضيت) يعني الديون المقدمة (وقضيت شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض) لأن الإقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحتهم قال (وان لم يكن عليه ديون في صحتهم جاز إقراره) لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير

النظر غير مردود والجواب ان النظر لنفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء) أي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز إظهار البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشتراك الكل وتساويهم في تعلق حقهم بمال المريض (الا اذا قضى ما استقرض في مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للرخص أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعاً أعني قضى واستقرض فالعني الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذلك قوله (أو نقدت ما اشترى في مرضه) أي نقدت في مرضه عن ما اشترى في مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينه) أي والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من القضاء والنقد بالبينه أو بما يثبت القاضى فينبذ يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما وبسليم المقبوض لهما ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لأنه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل إلى محل بعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمتنع سلامته لردود عليه حتى غرماء الصحة لا يمتنع ذلك فكذلك اذا رده لغيره لأن حكم البذل حكم المبدل قال في النهاية وذكر في الذخيرة وأوضح من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء أهل لغرماء الصحة أن يشاركهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والا - جر لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لماذا كرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانه وهذا لا يكون إبطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى أنه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فبعضاه المهر والاجر يبطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصل لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة كان إبطالا لحقهم وليس له ولاية الإبطال انتهى (قال) أي القدروري في مختصره (فإذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعني الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة (وقضيت شيء) هذا من كلام القدروري يعني وقضيت شيء من التركة بقضاء الديون المذكورة يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض) قال المصنف في تعليقه (لان الإقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حق المقرض ودوره عن أهله في محله اذا الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة) لكونه متمما في حق الغير (فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحتهم) أي صحة إقراره في المرض لزوال المانع (قال) أي القدروري في مختصره (وان لم يكن عليه) أي على المريض (ديون في صحتهم جاز إقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف في تعليقه (لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير) يعني أنه انما رد لتضمنه إبطال حق الغير فإذا لم يتضمن ذلك نفذ إقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر في وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون في صحتهم ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة جاز إقراره لان الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت بأقرار المقرض كما مر فإذا كان عليه تلك الديون فانه ظاهر أن لا يجوز إقراره وان لم يكن عليه ديون في صحتهم لتضمنه إبطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة

(قوله الا اذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للرخص ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه أو نقدت ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينه أو بالمعينة جاز وسلم المقبوض للقائض لا يشاركه غيره لأنه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل إلى محل آخر بعدله رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمتنع سلامته لردود عليه حتى غرماء الصحة لا فكذلك اذا رده لغيره لأن حكم البذل حكم المبدل (فإذا قضيت الديون المقدمة) بنوعها (وقضيت شيء) صرف إلى ما أقر به في حالة المرض لان الإقرار في ذاته صحيح أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة) فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحتهم وإذا لم يكن عليه ديون في صحتهم جاز إقراره وان كان بكل المال (لعدم تضمنه إبطال حق الغير

(قوله أو نقدت ما اشترى في مرضه) أقول يعني نقدت في مرضه

(وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة متعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدق فيه بقية الورثة) وقال الشافعي في أحد قوله يصح

(وكان المقر له أولى من الورثة) لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) فان قيل الشرع قصر تصرف المريض على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وذلك أقوى من قول عمر أجيب بأن ذلك في الوصية وما في معناها والاقرار للأجنبي ليس من ذلك كما سبأني (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) لأن به رفع الحائل بينه وبين الجنة وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا يقدم تجهيزه وتكفينه قال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) وأقرار المريض لوارثه باطل سواء أقر بعين أو بدين (الآن يصدق فيه بقية الورثة) وقال الشافعي في أحد قوله يصح

(قوله كما سبأني) أقول في آخر الحقيقة

(وكان المقر له أولى من الورثة) هذا من كلام القدوري أيضا قال المصنف في تعليقه (لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) والآخر في مثله كالخبر لأنه من المقدوات فلا يدرك بالقياس فيحصل على أنه سمع من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لأنه روي في مبسوط خواهر زادته وغيره عن ابن عمر لا عمرو كذا روي في الأصل حديث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب بن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وإن أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غير وارد لأن كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر أيضا فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما إذا اختلفت عبارة القريبيين في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله تعالى عنهما أنهما قال إذا أقر المريض لوارثه لم يحجز وإذا أقر لأجنبي جاز انتهى فتدبر (ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية) إذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه وبين الجنة كذا في الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة (ولهذا تقدم حاجته) أي حاجة الميت (في التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول إن كان قضاء الدين الثابت بأقرار المريض من الحوائج الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين الثابت بأقرار المريض وبين الدين اللازم منسبا كتحته بقوله بخلاف الشكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بهر المثل ثم أقول يمكن أن يقال قضاء الدين الثابت بأقرار المريض يكون من الحوائج الأصلية إذا لم يتحقق هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو متحققة ولكن فصل شيء من التركة بعد قضائهما وأما إذا تحققوا لم يفضل شيء من التركة بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت بأقرار المريض من الحوائج الأصلية لأن عمله كونه من الحوائج الأصلية أن يرفع به الحائل بين المدين وبين الجنة كما مر وذلك العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بمساوئها لأنها لا يجوز أن حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفعها بقضائهما بخلاف الشكاح فانه علة كونه من الحوائج الأصلية كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المزبور بأنه لم يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقر بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الأصلية (أقول) يدعيه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به في مرضه وبين ما لم يرضه من الشكاح عدم ظهور ثبوت الأول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني إذا المعايير لا مرد له لعدم كون الأول من الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف الشكاح فانه من الحوائج الأصلية ومورد الإيراد إنما هو قول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلافة تناول العيين والدين (الآن يصدق فيه) أي في إقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول وأحمد وهو قول شريح وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في أحد قوله يصح) وهو قول أبي نوري والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح إذا لم يتم وبطل إذا اتهم كنه بنت وابن عم فافر لا بنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل أن يذليها لم يتم أن يذلي في نصيبه ويتم أن يذلي

لأنه أظهر حق ثابت لمرج جانب الصدق فيه) بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيافي فكذلك رقبته (فصار كالأقرار لا جنبي ووارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث) كما إذا أودع أباه ألف درهم بعناية الشهود فلما حضرت الوفاة الأب قال استهلكتها ومات وأنتكر بقية الورثة فان أقراره صحيح والألف من تركته للأبن المقر (٩) خاصة لان تصرف المريض انما يرد

للمتمة ولا تتمه ههنا
ألا ترى انه ان كذبناه
فمات وجب الضمان أيضا
في تركته لأنه مات مجمل
(ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لا وصية لوارث ولا
أقراره بالدين) وهو نص في
الباب لكن شمس الأئمة قال
هذه الزيادة غير مشهورة
والمشهور قول ابن عمر رضي
الله عنهم وأراد به ما روى عنه
إذا أقر الرجل في مرضه
بدين لرجل غير وارث فانه
جائز وإن أحاط ذلك بعماله
وان أقر لوارث فهو باطل
الآن يصدق الورثة وبه
أخذ علماء الأئمة قول
الواحد من فقهاء الصحابة
عندنا مقدم على القياس

قال المصنف (لأنه أظهر
حق ثابت الخ) أقول فيه
دلالة على ان الأقرار
منظور عنه أنه أيضا لا سبب
لوجوب كما يفهم من تقرير
دليله المذكور في أول
الباب ولعل فيه قولين
عن الشافعي كما عن أصحابنا
أو يقدّر المضاف هناك
والمعنى لا استواء بيني
ظهورهما (قوله ألا ترى
أنه ان كذبناه فمات وجب

لأنه أظهر حق ثابت لمرج جانب الصدق فيه وصار كالأقرار لا جنبي ووارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا أقراره بالدين

في نصيبها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوله ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أي لان هذا الأقرار (أظهر حق ثابت) أي اخبار عن حق لازم عليه (لمرج جانب الصدق فيه) أي في هذا الأقرار بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الأقرار به (وصار) هذا الأقرار (كالأقرار لا جنبي ووارث آخر) نحو أن يقر لجهول النسب بأنه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شيء من التركة اليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالأقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجملع الكبير رجل أودع أباه ألف درهم في حال صحة الأب أو مرضه بعناية الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ومات وأنتكر ذلك سائر الورثة فان أقرار المريض جائز والألف من تركته للأبن المقر خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أنا لو لم تعتبر أقراره بصير كاتمهات مجمل لا فيجب الضمان فلا يفيد أقراره ولا ان تصرف المريض انما يرد للمتمة ولا تتمه في المعايضة انتهى (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعايضة في المسئلة المذكورة انما هو ابداع الوارث تلك الوديعة لاستهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك بأقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسئلة فبقى الكلام في صحة الأقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للمتمة لا لخلل فيه ولا تتمه في هذا لا يرى أنا اذا كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لأنه مات مجمل لا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تتمه في هذا ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعايضة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في أقراره أم كذب لأنه مات مجمل لا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب أيضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذكور حجة على الشافعي لانه وانما الصواب أن يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا أقراره بالدين) رواه الدارقطني في سننه عن فوج بن دراج عن أبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا أقراره بالدين قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه واحتجنا في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا أقراره بالدين إلا أن هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وإن أحاط ذلك بعماله وان أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدق الورثة وبه أخذ علماء الأئمة والواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البدائع بعد ذلك قول ابن عمر ولم يعرف له فيه مخالف من الصحابة فيكون اجابا انتهى أقول كل واحد من الحديث الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله

(٣ - نكلة سابع) الضمان) أقول وجه ما خرج الجواب عن قياس الشافعي محل النزاع بالأقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه الدارقطني كما قال الانقائي (قوله لكن شمس الأئمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (قوله وأراد به الخ) أقول يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما

(ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه ولهذا منع من التبوع على الوارث أصلاً في مرضه ولهذا منع من التبوع على الوارث أصلاً في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين) ونذكر ما أوردنا بالأقرار بوارث آخر وما أجابناه عنه (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فلا قرار لبعض الورثة فيه بورث تهمته تخصيصه (والقراءة) تمنع عن ذلك لأنها سبب تعلق حق الأقرار بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا تخصص (الآن هذا التعلق لم يظهر في

قال المصنف (ولهذا يمنع من التبوع الخ) أقول منعاً كلياً لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضاً تدبر قال المصنف (في تخصيص البعض به الخ) أقول الظاهر أن يقال وفي بالواو قال المصنف (ولأن حالة المرض الخ) أقول عطف على قوله وله - ذا الخ فإنه كان دليلاً أنياً وهذا دليل على (قوله بورث تهمته تخصيصه) أقول لجواز أنه أراد الإتيان بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه ولهذا منع من التبوع على الوارث أصلاً في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقراءة سبب التعلق الآن هذا التعلق لم يظهر في

عليه وسلم والاثر الذي روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنما يدل على بطلان إقرار المريض لوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومسئلتنا نعم بطلان إقراره بالدين وبالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصراً عن إفادة تمام المدعى اللهم الآن يلتزم ذلك بناء على إفادة الدليل العقلي الآتي كلمة المدعى فتأمل (ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه وله - ذا يمنع) أي المريض (من التبوع على الوارث) كالوصية والهبة (أصلاً) أي بالكليسة (في تخصيص البعض به) أي في تخصيص البعض بالورثة بعماله (إبطال حق الباقيين) أي إبطال حق باقي الورثة وهو جوارعهم فيردون كرههما ما ورد عليه من الإشكال بالأقرار في المرض بوارث آخر وجوابه فأننا قد ذكرناهما فيما مر فاعل عن المبسوط والامرار فإن قيل حق الورثة أنما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فإذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه خرافاً بالمرض تزداد جهة الصدق لأن الباعث السري ينضم إلى العقلي فيبعثه على الصدق قلنا لا قرار للوارث إيصال نفع إليه من حيث الظاهر وفيه إبطال حق الباقيين ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله وهو ممتهم فيه لجواز أنه أراد الإتيان بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن نتوقف بحجته على رضا الباقيين دفعاً للوحشة والعداوة بخلاف الأجني لأنه غير ممتهم فيه لأنه يملك إيصال النفع إليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرد في تحصيل المقصود به إنشاء لا يتمكن التهمة في إقراره كذا في الكفاية ومعراج الدرابة (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فلا قرار لبعض الورثة فيه بورث تهمته تخصيصه (والقراءة) تمنع عن ذلك لأنها (سبب التعلق) أي سبب تعلق حق الأقرار بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشئ منه بلا تخصص وعلى هذا التقرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف ولأن حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلاً مستقلاً على أصل المسئلة وهو الظاهر من أسلوب تحريره وقال به بعض الفضلاء قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فإنه كان دليلاً أنياً وهذا دليل على انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن تقديم قوله في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين يأتي عن ذلك جداً لأن قوله لأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه مقدمة لدليل أصل المسئلة وقوله في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين مقدمة أخرى له مربوطة بالاولى ولو كان قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء معطوفاً على قوله ولهذا يمنع من التبوع لكان دليلاً على المقدمة الاولى كالمعطوف عليه فيلزم توسط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقراءة سبب التعلق لأن يكون دليلاً على قوله ولأنه تعلق حق الورثة بعماله في مرضه لولا توسط قوله في تخصيص البعض به إبطال حق الباقيين وعن هذا قال في الكافي ولأنه أثر بعض ورثته بشئ من ماله بعد تعلق حق الكل بعماله فبدر كالأوصى له بشئ من ماله وهذا الآن حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت فيه والظاهر أن الإنسان لا يحتاج إلى ماله لانتهاء آماله عند قبضه على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق أقرائه ولهذا منع من التبوع على وارثه أصلاً فلم يصح إقراره للوارث لأنه يوجب إبطال حق الباقيين انتهى وقال في التبيين ولأن فيه إشار بعض الورثة بعماله بعد تعلق حق جميعهم به فلا يجوز ما فيه من إبطال حق البقية كالوصية وأنما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن من إبطال حقهم بالأقرار لورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر (الآن هذا التعلق) أي تعلق حق الورثة بعمال المريض في حالة المرض (لم يظهر في

حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه (فان قيل فالحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان البيع للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان من المما كسة معه فلا يحصل (١١) الربح (و) لهذا (لم يظهر في حق الاقرار

وارث آخر لحاجته أيضا) وهو السؤال المذكور انفا (ثم هذا يتعلق بحق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فصح الاقرار) قال (واذا أقر لاجنبي جاز الخ) واذا أقر المريض لاجنبي صح وان أحاط بماله لما ينبت ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا للذكر القياس والاستحسان فان القياس لا يقتضي جوازه الاجتهاد الثالث لان الشرع قصر تصرفه عليه كما مر الا اننا قلنا لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين محل التصرف فنفذ الاقرار في الثلث الثاني ثم وثم الى ان يأتي على الكل فان قيل لاريض حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله صح له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو من الابتداء فيجب ان تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم الى ان يأتي على الكل فالجواب ان الثلث بعد

حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقيلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا يتعلق بحق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد أبطلوه فصح اقراره قال (واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله) لما ينبت القياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا اننا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل

حق الاجنبي) حيث لم يمنع اقرار المريض لاجنبي (لحاجته) أي حاجة الانسان (الى المعاملة) مع الناس (في الصحة) أي في حالة الصحة فلولا يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تقض حاجته في حالة الصحة (لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه) في الصحة بناء على جواز ان يعرضه المرض فتختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا ولما استشعر ان يقال الحاجة موجودة في حق الوارث أيضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب بقوله (وقلما تقع المعاملة مع الوارث) لان المعاملة للاسترباح ولا استرباح مع الوارث لانه يستحيان من المما كسة معه فلا يحصل الربح (ولم يظهر) أي وكذا لم يظهر هذا يتعلق (في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضا) أي حاجة الانسان الى الاقرار بالوارث أيضا لان الاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى ابقائه لئلا ينحجر عنه لحق الورثة (ثم هذا يتعلق) أي يتعلق بحق الورثة بمال المريض في مرضه (حق بقية الورثة فاذا صدقوه) أي اذا صدق بقية الورثة المقرلوارث (فقد أبطلوه) أي أبطلوا حقهم (فيصح اقراره) وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الاستثناء الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان تصدقه فيه بقية الورثة (واذا أقر لاجنبي جاز وان أحاط بماله لما ينبت) اشارة الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني وفي العناية وكانت المسئلة معلومة مما تقدم الا أنه ذكرها تمهيدا للذكر القياس والاستحسان (والقياس ان لا يجوز الا في الثلث) وهو مذهب بعض الناس كما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه (لان الشرع قصر تصرفه) أي تصرف المريض (عليه) أي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذ التبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجب ان لا ينفذ الا في الثلث كذا قالوا (أقول) لقائل أن يقول الشرع انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والالزام ان لا ينفذ تصرفه في نحو ثمن الاغذية والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به أحد وقد قرر فيما مر ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجز القياس المذكور في الاقرار بالدين اللهم الا أن يدعى أن كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاختصاص أيضا دون القياس (الا اننا نقول) في وجه الاستحسان (لما صح اقراره في الثلث) لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق الورثة به (كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين) والثلث بعد الدين محل التصرف قطعافينفذ الاقرار في الثلث الثاني (ثم وثم حتى يأتي على الكل) كذا في الايضاح وعامة المعبرات (أقول) فيه شيء وهو ان الاتيان على الكل غير متصور في الوجه المزبور اعالى القول بالجزء الذي لا ينفذ كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث اذا انتهى الى ثلاثة اجزاء فأخرج

الدين محل التصرف لريض فكما أقر بدين اتقل محل التصرف الى ثلث ماله بعد وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية بل الثلث محلها ليس الا فافترقا

(قوله كما مر) أقول في آخر الصحيفة السابقة

(15)

من فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه)

ومن طلق زوجته في مرضه
ثلاثاً ثم أقر الخ في آية هذه الص
والمذكور في الشرح لما كان

الاقول

يقيد درج فائهم تندرج فيما ذكروه الشارح لمكان ثم في عبارة الكتاب

والمذكور في الشرح لما كان المقر له وارثا حال الاقرار

لوجود تهمة الاشارة بقيام العدة فلعله استقل ميراثها وباب الاقرار للوارث مسدود فأقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الأقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا أقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لغيره اعتبارا لحالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح (١٣) كما اذا أقر لاجنبة ثم تزوجها قلنا

الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين عوت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانها لم تكن وارثة قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره وان لم يستند كما اذا أقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والفرق ان المستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسيط كما اذا أقر لزوجه ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند أبي يوسف وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حدث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس يستند كما اذا أقر لشخص في مرضه ثم صبح ثم مرض فمات ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الاشارة فاذا وجد سبب الورثة عند الاقرار وجدت التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة

لانهم ماتت مان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الامر ينثبت

فصل (ومن أقر بغلام بولده مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه الأقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه) أقول قد اختلف رأياهما في استقراج هذا المقام والذي يطابق ما صرح في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزبلي فانه قال هناك وان طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو وصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيمة هناك بما قبله الزبلي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاختراز عما اذا طلقها بغير أمرها ثم اتى بتبعت عامة المعبريات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها بكون الحكم واحدا في الموضوعين المذكورين بل أينما وجدت المسئلة المزبورة مذ كورده مع الحكم المسفور وجدت مقيمة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بأمرها فانظر ما ذكره الزبلي وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقييد المذكور رآه لأنه فسر ما حيث جعلها مالا لما اذا كان المقر له وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم أقر لها وبينهما بول لا يحنى قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب (لانها أي الزوجين) متهمان فيه أي في هذا الاقرار (لقيام العدة) أشار به الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضاءها فأقراره لها جائز (وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله) أي فلعل الزوج (أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها) فوقعت التهمة في اقراره (ولا تهمة في أقل الامر ينثبت) أي أقل الامر ينثبت قال علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي ولو أقر لآخر أنه بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتخاص غرماء العدة به لانه أقر بما عاك انشاء فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض واجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلحقان فمصاصوا الاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المربضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان مات وهي منكوبة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوبة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح

فصل في بيان الاقرار بالنسب قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أورد الثاني بفصل على حدة لان قراره ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر (ومن أقر بغلام بولده مثله) أي مثل ذلك الغلام (لمثله) أي لمثل المقر يعني ههنا في السن بحيث يجوز أن يولد المقر للمقر (وليس له) أي للغلام (نسب معروف) بل كان مجهول النسب (انه ابنه) أي أقر أنه ابنه (وصدقه الغلام) أي فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرح حوايه قاطبة (ثبت نسبه منه)

الورثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن مقررة لاحتمال زوال النكاح فلم يصح الاقرار

فصل ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال

(قوله كما اذا أقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فبطل اقراره) أقول والاقرار لابن المحرم اذا أسلم أو عتق به الاقرار من هذا القبيل عنده على ما يجي في كتاب الوصية **فصل** ومن أقر بغلام

شرايط أن يكون بولمثلة
لمثله كي لا يكون مكذبا في
الظاهر وأن لا يكون الولد
ثابت النسب اذ لو كان
لا يمنع ثبوته من غيره وأن
يصديق المقر في اقراره اذا
كان يعبر عن نفسه لانه
في يد نفسه بخلاف الصغير
الذي لا يعبر عن نفسه على
ما مر في باب دعوى النسب
ولا يمنع الاقرار به بسبب
المرض لان النسب من
الحوائج الاصلية وهو يلزمه
خاصة ليس فيه تحميلة على
الغير فيثبت واذا ثبت كان
كلوارث المعروف فيشارك
ورثته قال (ويجوز اقرار
الرجل بالوالدين الخ) هذا
بيان ما يجوز الاقرار به
وما لا يجوز اقرار الرجل
بالوالدين والولد والزوجة
والمولي يعني مولى العنافة
سواء كان أعلى أو أسفل
جائز سواء كان اقراره بمولاه
في حالة العمة أو المرض

(قوله لقلته) أقول هذا
وجه التأخير وأما وجه
ذكره في فصل على حدة فلم
يتمرض له لظهوره قال
المصنف (ويجوز اقرار
الرجل الخ) أقول وفيه بحث
فان الاقرار بأمومية المرأة
فيه تحميل النسب على
زوجها فينبغي أن لا يقبل
فان قيد بعدم الزوج لم يبق
فرق بينه وبين اقرارها

بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ به القيد فلا يظهر وجه لا ثبات هذا ونفي ذلك فليست أم

وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به بشرط أن يولد مثله لانه كي لا يكون مكذبا
في الظاهر وبشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره (وانما شرط تصديقه لانه في يد
نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمنع بالمرض
لان النسب من الحوائج الاصلية (ويشارك الورثة في الميراث) لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولي)

جواب المسئلة أي ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (مريضا) الى هنا لفظ القدروري
في مختصره قال المصنف في تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعني أن النسب في الصورة
المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان
اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وبشرط أن يولد مثله كي لا
يكون مكذبا في الظاهر) فلا يصح اقراره (وبشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أي لان كون
نسبه معروفا (يمنع ثبوته من غيره) لان النسب لا يقبل التسخير بعد ثبوته (وانما شرط تصديقه)
أي تصديق الغلام (لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) واذا كان في يد نفسه
يعبر فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين (أقول) ينتقض هذا
التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط في لزومه اقرار به هناك تصديق المقر له ولكن يرد
الاقرار برده على ما تقر في مصدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا ان الحق له فينبغي أن
لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول)
تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع فتأمل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق
النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا أظهر الوجوه وهو الحق عذري اذ لا شك انه يترتب على
ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفي بعضها مشقة على المقر له في الاقرار
بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو
نفع محض للمقر له ففيه بد من التزامه (بخلاف الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد غيره فلا
يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمنع
بالمرض) أي لا يمنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الحوائج الاصلية) فصار كالنكاح
بغير المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تمة كلام القدروري في مختصره أي ويشارك الغلام
المقر له بالنسبة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله (لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب (قال) أي القدروري في مختصره (ويجوز اقرار الرجل
بالوالدين والولد) أي بالشرايط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعبرات
(أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا
والولد فاذا كانت الشرايط المعتبرة هناك معتبرة ههنا أيضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على
الاستقلال كما وقع في مختصر القدروري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى وله هذا يقع كذلك
في الاصل والحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط
ههنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون تحت المقر أخها ولا أربع سواها نص
عليه في الكافي والشروح (والمولي) أي ويجوز اقراره بالمولي يعني مولى العنافة سواء كان أعلى أو
أسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولد لا يعتز بالنسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار
بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية اعلم أن هذا الذي ذكره ههنا من صحة

لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقضى واتى (١٥) المانع فوجب القول بجوازه وهذا

الدليل كاترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والابحار والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرهما والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب (لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقضى واتى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كاترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور على كونه لا يوجب اقراره بالام المذكور انتهى يعنى أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولاً فلا بد من دليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام بابه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد بانفاق الروايات كما سيأتى فاذا لم يجوز تصديقه بابه لم يجوز اقراره به الاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانياً فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما ناشأ عما صرح به في عامة الروايات بأن اقرار الرجل يصبح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العبد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الاصول فلما لم يجوز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للوجوه فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجزان يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الحسن الذى هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعتبر بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فمتبني أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضاً اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لانسلم أن الافراد بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه أصل في النسب فكانه أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضاً وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذى فيه حمل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكانت دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حذوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والأئمة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فلا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولادة لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أى لا يقبل اقرار المرأة بالولد وان صدقها (من فيه) أى في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أى تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أى من الزوج قال الله تعالى ادعوههم لا بانهم (الأن يصدقها الزوج)

لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الأن يصدقها الزوج) اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والابحار والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرهما والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب (لانه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقضى واتى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كاترى يدل على صحة اقراره بالام كصحة بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحته بدلالة الدليل المذكور على كونه لا يوجب اقراره بالام المذكور انتهى يعنى أن صحته مقررة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية فيها كما يشعر به قوله والله تعالى أعلم بصحته (أقول) فيه بحث أما أولاً فلا بد من دليل المذكور على صحة اقراره بالام ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام بابه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد بانفاق الروايات كما سيأتى فاذا لم يجوز تصديقه بابه لم يجوز اقراره به الاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشروط وأما ثانياً فلان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما ناشأ عما صرح به في عامة الروايات بأن اقرار الرجل يصبح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العبد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرفت في الاصول فلما لم يجوز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للوجوه فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجزان يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الحسن الذى هو الاستحسان وبكل واحد منها يترك القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضاً فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعنا على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعتبر بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فمتبني أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح أيضاً اذا أخذ بهذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى (أقول) لانسلم أن الافراد بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضاً بناء على كونه أصل في النسب فكانه أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضاً وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب صراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذى فيه حمل نسب الغير على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكانت دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطالع عليه الرجال وهو من باب حذوق العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا) أنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والأئمة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء المذكورة حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فلا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولادة لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أى لا يقبل اقرار المرأة بالولد وان صدقها (من فيه) أى في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أى تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أى من الزوج قال الله تعالى ادعوههم لا بانهم (الأن يصدقها الزوج)

(قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تأمل فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة وان قيد بعدم الزوج فاقصر اقرارها بالولد

بهذا القيد صحيح فواجب قوله ولا يقبل بالولد كما فصلنا في القول السابق

لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلية) لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء

لان الحق له أو تشهد القابلة بالولادة إذا لم يرض ان الفـ راس قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولادة انما لا يصح اذا كانت ذات زوج وأما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بهـ ولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها (ولا بد من تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقهـا خلوها عن زوج آخر وعدنه وأن لا تكون أختها تحت المقر ولأربع سواها

استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعني اذا صدقها الزوج بقبول اقرارها بالولد (لان الحق له) أي الزوج فثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلية) أي أو الآن تشهد قابلية بولادته أي بتولد ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها اياه ففي هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاولى عكس الامر (لان قول القابلة في هذا) أي في هذا الخصوص (مقبول) اذا فرض أن الفرائش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب عند قوله فان وجد الولادة ثبتت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج بلا عن لان النسب يثبت بالفرائش القائم (وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلية بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوبة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بهـ ولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراهم مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لا يمتنع في ثبوت نسب الولد من الاب دون الام مع أن الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة أو الخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه في تركه أبيه على ما سأتى في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلا أن الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهـم لا بأثمهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد الى الاب بسلام الملك ولذلك اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي حجة اقرار الاب بالولد وجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص أي ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقرير الصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلاً فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان وجد سائر الورثة كذلك ويرث من أبي المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به ظهر انه في موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر بأخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فبات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني حجة رجوع المقر عما أقر في حق من سوى الاربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء فان من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسـان بعد الاقرار بأخ كان ماله كله للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركه المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال وباعتبار أن اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته الى هذا كله أشار في الذخيرة وفي الجامع الصغير للإمام المحمدي قال المصنف (ولا بد من تصديق هؤلاء) أي لا بد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر صغيرا في يد المقر وهو لا يبر عن نفسه

ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر لانه مما يتيق بعد الموت وكذا تصديق الزوجة بالزوجة بعدموت الزوج المقر بالاتفاق لان حكم
النكاح باق وهو العدة فانها واجبة بعد الموت وهي من آثار النكاح الا ترى انها (١٧) تغسله بعد الموت لقيام النكاح

وكذا تصديق الزوج بعد
موتها لان الارث من أحكام
النكاح وهو مما يتيق بعد
النكاح كالعدة وهذا
عندهما وقال أبو حنيفة
لا يصح لان النكاح انقطع
بالموت ولا عدة عليه ليصح
باعتبارها ولا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه
معدوم حالة الاقرار وانما
ثبت بعد الموت والتصديق
يستند الى أول الاقرار
معناه ان التصديق هو
الموجب لثبوت النكاح
الموجب للارث فلا يمكن
أن يثبت بالارث ولقائل
أن يعارض فيقول لا يصح
التصديق على اعتبار
العدة لانها معدومة حالة
الاقرار وانما ثبت بعد
الموت والتصديق يستند
الى أول الاقرار ويفسر بما
ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه
بأن العدة لازمة للموت عن
نكاح بالاجماع فجاز أن
يعتبر النكاح المعين قائما
باعتبارهما فكذا المقر به
وأما الارث فليس بلازمه
لجواز أن تكون المرأة كاتبة
فلم يعتبر قائما باعتباره
(قوله معناه أن التصديق الخ)
اقول فيه بحث (قوله ولقائل
أن يعارض) اقول هذه
المعارضة مدفوعة عن المصنف

ويصح التصديق في النسب بعدموت المقر لان النسب يتيق بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم
النكاح باق وكذا تصديق الزوج بعدموتها لان الارث من أحكامه وعند أبي حنيفة لا يصح لان
النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم
حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار

أو عبد له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبد الغيرة يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين (ويصح
التصديق في النسب بعدموت المقر) يعني أن المقر به بالنسب اذا صدق في حال حياة المقر يصح فكذا
اذا صدق بعدموته (لان النسب يتيق بعد الموت) فيصح تصديق المقر به بالنسب بعدموت المقر حتى
ثبت به أحكام النسب بأسرها قال تاج الشريعة ولا يشك في هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول
المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع
لا يبطل أما الايجاب ثمة فليس بتمام لان القبول ركن انتهى (وكذا تصديق الزوجة) أي وكذا
يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجة بعدموت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر
والميراث (لان حكم النكاح) وهو العدة (باق) بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من آثار
النكاح الا ترى انها تغسله بعد الموت لقيام النكاح من وجه (وكذا تصديق الزوج بعدموتها) أي وكذا
يصح تصديق الزوج المرأة بعدموتها في الاقرار بالزوجة فعليه مهرها وله الميراث منها (لان الارث من
أحكامه) أي من أحكام النكاح وهو مما يتيق بعد الموت كالعدة وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
(وعند أبي حنيفة لا يصح) تصديق الزوج بعدموتها (لان النكاح انقطع بالموت) حتى يجوز له أن
يتزوج أختها أو أمها أو غيرها (ولهذا لا يحل له غسلها) بعدموتها (عندنا) ولا عدة عليه ليصح باعتبارها
كما في العكس (ولا يصح التصديق على اعتبار الارث) هذا جواب سؤال مقدر يريد على قول أبي
حنيفة تقريره سلمنا أن تصديق الزوج اياها بعدموتها لا يصح نظر الى انقطاع النكاح بالموت بدليل أن
الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعدموتها باتفاق أصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعدموتها
نظر الى الارث الذي هو من حق آثار النكاح أيضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث (لانه)
أي لان الارث (معدوم حالة الاقرار) أي حالة اقرار الزوجة بالنكاح (وانما ثبت) أي الارث
(بعد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار) قال صاحب العناية معناه ان التصديق هو الموجب
لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن أن يثبت بالارث انتهى (أقول) لا يخفى على الفطن أن معنى
كلام المصنف ههنا أن التصديق يستند الى أول الاقرار بالنكاح والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن
اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم وقتئذ وأما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما
لا يساعد عبارة المصنف أصلا ليس بسديد ههنا أما أولا فلا نه لم يقل أحد بأن التصديق يثبت بنفس
الارث حتى يتم أن يقال في الجواب عنه لا يمكن أن يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل صحة
التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من آثار النكاح ولا ينافيه ثبوت نفس الارث بالتصديق
وأما ثانياً فإن ذلك ينتقض بما اذا كان التصديق قبل موتها فإنه يصح اتفاقا لمصادفته وقت ثبوت
النكاح مع أنه يجري أن يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن أن يثبت بثبوت النكاح
وأما ثالثا فإنه يلزم حينئذ أن يكون قول المصنف لانه معدوم حالة الاقرار وانما ثبت بعد الموت ضائعا
مستدركا لغيره بان ذلك المعنى وان فرض ان الارث موجود حالة الاقرار ثابت قبل الموت تدبر وقال
صاحب العناية ولقائل أن يعارض فيقول لا يصح التصديق على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار

(٣ - تكمله سابق) فانه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فعله أراد به مثل حرمة الزوج بزواج
آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلزمها من أمثال ما ذكرنا فجاز فلا اشكال

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولادة والاخت والعم لا يقبل إقراره في النسب) لأن فيه حمل النسب على الغير

واعتبرت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الأقرار ويفسر بما ذكرتم ويمكن أن يجاب عنه بأن العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز أن يعتبر النكاح المعين فاعلم باعتبارها فكذا المقر به وأما الارث فليس يلزم له لجواز أن تكون المرأة كتابية فلم يعتبر فاعلم باعتبارها انتهت كلامه (أقول) جوابه ليس تمام لأن العدة أيضا - بل لازمة للموت عن نكاح عند أبي حنيفة لجواز أن تكون المرأة ذمية مات عنها زوجها الذي أو تكون حرة بية خرجت النكاح أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية فإنه لا عدة عليها في هذه الصور عند أبي حنيفة رحمه الله إذا لم تكن حاملا كما تقر في محله والمعارضة المذكورة إنما ترد على قول أبي حنيفة فالجواب المزبور لا يدفعها على أصله ثم إن بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره صاحب العناية في هذا المقام الظاهر أن مراد صاحب الهداية أن التصديق يستند إلى حالة الأقرار وفي تلك الحالة لا يجب الإرث بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت في صحته الأقرار صحته لا يثبت الإرث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء وهو في الحال معدوم من كل وجه وهو النكاح وأشير إلى هذا في النهاية فلا ترد المعارضة أصلا لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق واقعا في نكاح معدوم من كل وجه إلى ههنا كلامه (أقول) نعم أشير إلى ذلك المعنى في النهاية وغيره ولكن قوله فلا ترد المعارضة أصلا ممنوع قوله لأن وجوب العدة ثابت قبل الموت أن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالطلاق نعم لكن ذلك لا يجدي نفعه إذا كان في المعتدة بالموت وأن أراد به أن وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت أيضا ممنوع بل وجوبها في المعتدة بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيره وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المصنف فإنه لم يعين أن المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فله أن أراد به من مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسها فإنه ثابت في حال النكاح أيضا ولو عينه لا يمكن أن يقال أراد بالعدة ما يلزمها من أمثال ما ذكرنا مجازا فلا إشكال انتهى كلامه (أقول) ما ذكره من مثل حرمة الزوج بزواج آخر وحل غسها ليس بحكم مسند نقل للنكاح بعد الموت بل هو من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فإذا أصبح التصديق على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لأن سقوط الأصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك أيضا فلا إشكال باق فان قيل إذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الأقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مثلتنا كذلك قلنا الكسب يقع ملكا من الإنداء مال الكسب الرقبة لأنه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكمها فيصير الأقرار بالعبد أقرارا بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد فأما الارث فاعلم يثبت بعد موت المرأة على سبيل الخلاف عنها بسبب الزوجية لا بحكم الأقرار والمستحق عليها بالنكاح بقوت عوتم فثبت في تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ كذا في الاسرار والابضاح وغيرهما (قال) أي القدر يرى في مختصره (ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد) الصلي (شوا لاخ والم) ونحو الجسد وابن الابن كما صرح به ما يضاف إلى المكافى (لا يقبل إقراره في النسب) وإن صدقه المقر له بل لا بد فيه من البيضة كما ذكر في التحفة وغيرها (لأن فيه) أي في هذا الأقرار (حمل النسب على الغير) فإن في الأقرار بالاخت حمل النسب على الأب إذا مقر له بالاخته ما لم يكن ابن أبي المقر لا يكون أماله وفي الأقرار بالعم حمل النسب على الجد إذا مقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عماله وفي الأقرار بابن الابن حمل النسب على الابن إذا مقر له لا يكون ابن المقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الأقرار بالجد حمل النسب على الأب إذا مقر له لا يكون جد المقر ما لم يثبت

قال (ومن أقر بنسب من غير الوالدين الخ) ومن أقر بأخ أو عم لم يقبل في النسب لأن فيه حمله على الغير

(فان كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقرلة) لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يراحم الوارث المعروف (وان لم يكن له وارث استحق المقرلة ميراثه) لانه ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لاخر بجميع ماله كان للوصي له ثلث جميع المال خاصة ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه ينزله حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقرلة ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لانيان كان ماله للوصي له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل اقراره قل (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه) لما بينا (ويشارك في الارث)

أبوه من أبيه (فان كان له) أي للمقر بخوما ذكر (وارث معروف قريب) كأصحاب الفروض والعصبات (أو بعيد) كذوي الارحام (فهو) أي الوارث المعروف (أولى بالميراث من المقرلة) حتى لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالارث للعمة والخالة (لانه لما لم يثبت نسبه) أي نسب المقرلة (منه) أي من المقر (لا يراحم الوارث المعروف) قال في النهاية قوله فان كان له وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره في النسب وقع في محذور لان هذا نتيجة ذلك فصوره ذلك أن الرجل اذا أقر في مرضه بأخ له من أبيه وأمه أو ابن ابن له ثم مات وله عمة أو خالة أو مولى موالاة فالميراث للعمة والخالة أو المولى ولا شيء للمقرلة لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقرلة مع وارث معروف انتهى (وان لم يكن له) أي للمقر (وارث) معروف (استحق المقرلة ميراثه) لانه أقر بشيئين بالنسب واستحقاق ماله بعده وهو في الاول مقر على غيره واقراره على غيره غير معتبر اذ ولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر (لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه) أي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقرلة فيما نحن فيه باقراره باستحقاق ذلك به بده (فيستحق) المقرلة (جميع المال وان لم يثبت نسبه) من المقر (لما فيه) أي في الاقرار المزبور (من حمل النسب على الغير وليست هذه) أي هذه الصورة والقضية يعنى الاقرار المذكور (وصية حقيقة) أوضح ذلك بقوله (حتى ان من أقر بأخ ثم أوصى لاخر بجميع ماله كان للوصي له ثلث جميع المال ولو كان الاول) يعنى الاقرار بالاخ (وصية لاشتركا) أي الاخ والموصي له بجميع ماله نصفين لكنه استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أي لكن الاقرار المذكور (بمنزله) أي بمنزلة الوصية بتأويل الایضاء ولم يرد أن المصنف يفرط في المساهلة في أمر التذكير والتأنيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك أنه أشار فيما مر آنفاً الى الاقرار بالنقطة هذه وأرجع ههنا الى الوصية ضمير المذكور (حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقرلة ثم أنكر المقر ورأته ثم أوصى بماله كله لانيان) ومات ولا وارث له (كان ماله) جميعا (للموصي له ولو لم يوص لاحد كان) ماله (لبيت المال لان رجوعه) أي رجوع المقر المزبور (صحيح) يعنى أن انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح منزلة الرجوع عن الوصية (لان النسب لم يثبت فبطل اقراره) وينبغي لنا أن نعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تمميلا على الغير وليس له ذلك وأما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقص بعد ثبوته (قال) أي القدوري في مختصره (ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) أن فيه حمل النسب على الغير (ويشارك في الارث) أي يشارك المقرلة بالاخوة المقر في الارث من أبيه وبه قال مالك وأحدوا كثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت النسب

وأما في الارث فاما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كذوي الفروض والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوي الارحام أو لا يكون فان كان فهو أولى بالميراث من المقرلة هذا لان لم يثبت نسبه لم يراحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقرلة ميراثه لانه أقر بشيئين بالنسب واستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسوع والثاني على نفسه وهو مسوع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو أوصى بجميعه استحقه الموصي له وبشيء كلامه لا يحتاج الى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه) يبقى على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه في الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبي حنيفة وان كان المقر أحد اثنين لم يثبت النسب أيضا والمقرلة يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل

لان اقراره تضمن شيئين جل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت
كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق
العتق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين
لاشيء للمقر وللاخر خمسون)

وحكى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف في تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) أحدهما
(جل النسب على الغير ولا ولاية له) أي للمقر (عليه) أي على الغير فلا يثبت (و) الثاني (الاشتراك
في المال وله فيه ولاية) لانه اقراره على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع
(كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق) أي يعتق ما اشتراه من ذلك البائع (لم يقبل اقراره) في حق
الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن
(ولكنه يقبل) اقراره (في حق العتق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق
ذلك واعلم أنه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك
وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص
مات أبوه أخ معه روف فأقر بأخ آخر فكذب أخوه المعروف فيه أعطى المقر له فمافي يده عندنا
وعندهما ثلث مافي يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان
في حصة أخيه فيكون له ثلث مافي يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه
فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر أنه يساويه في الاستحقاق والمنكر نظام بالكاره فيجعل
مافي يده كالمالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث مافي يده عندنا وعندهما
تأخذ خمسة ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذب ما بين آخر مع روف يقسم نصيب المقر بين عندنا وأخماسا
وعندهما أرباعا والخروج ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن مافي يده ولو أقر بحجة
صححة أخذت سدس مافي يده فعمل فيما في يده كما به امل لو ثبت ما أقر به ولو أقر أحد الابنين المعروفين
بامرأة أنها زوجة أبيهما وكذب الآخر أخذت نسبي مافي يده عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى إلهما ثمن
مافي يده لان في زعم المقر أن للمرأة ثمن مافي يدي الابن إلا أن اقراره صح فيما يدين نفسه ولا يصح في حق
صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيهما ثمن مافي يده ونحن نقول ان في زعم المقر أن التركة بينهم على ستة
عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمه ما صار ذلك
كالمالك فيقسم النصف الذي في يدها المقر بينهما وبينه على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للمقر وهو سبعة
على تسعة أسهم فتضرب مافي بقدر حقهما وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم
كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد
وأنما يثبت باقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كل من يجوز
الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهد
في شرح مختصر القدوري نقلنا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بنحو
الاخوة اقرار على غيره مانع من جل نسب غيره على غيره فكان شهادة الفرد غير مقبولة بخلاف
ماذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (قال) أي محمد
رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله) أي وليت (على آخر مائة درهم فأقر
أحدهما) أي أحد الابنين (أن أباه قبض منها) أي من المائة (خمس) درهما (لاشيء للمقر) أي لاشي
من المائة لابن المقر (وللاخر) أي وللابن الآخر (خمس) منها يعني كان لابن الآخر

(لان اقراره تضمن شيئين
جل النسب على الغير
والاشتراك في ماله ولا ولاية
في الاول فلم يثبت وله ذلك
في الثاني فيثبت) قال أبو
حنيفة اذا أقر أحد الابنين
بأخ ثالث وكذبه أخوه
المعروف فيه أعطاه المقر
نصف مافي يده وقال ابن أبي
ليلى يعطيه ثلث مافي يده
لان المقر أقر له بثلث شائع
في النصفين فنقد في حصته
وبطل في حصة الآخر
ولابي حنيفة ان زعم المقر
أنه يساويه في الاستحقاق
والمنكر نظام فيجعل مافي يده
المنكر كالمالك ويكون
الباقي بينهما بالسوية قال
(ومن مات وترك ابنين الخ)
ومن مات وترك ابنين وله
على آخر مائة درهم فأقر
أحدهما أن أباه قبض منها
خمس لا شيء للمقر وللاخر
خمس بناء على ما ذكرنا من
الاقرار على نفسه وعلى غيره
وهو الاخ والميت فيصح
على نفسه ولا يصح عليهما
ثم يحلف الاخ بالله ما يعلم
ان أباه قبض منه المائة
ويقبض الخمس من الغير

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما امر ان الدينون تقضى بأمثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة فان كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه (٣١)

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما مال لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور ان يأخذ الخمس من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم ان أباه قبض منه المائة (لان هذا) أي لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما امر ان الدينون تقضى بأمثالها فيجب للدينون على صاحب الدين مثل مال صاحب الدين عليه فيلتحقان بقصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة (فاذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احتراز عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لاني حق الغير فيكون في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالأظهر عندي في الجواب أن به مال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية وأما في القسمة الحكيمة كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع وبؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصد الاختلاف ما لم قال المصنف (غاية الامر انهما) أي الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أي على كون الخسين بالدين على الغريم الذي يقضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فإدراك ذلك مشترك كالوما بقي يبقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما جدد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهو متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فيبتغي أن يكون ذلك بينهما مناصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة إذ (لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا على المقر بقدر ذلك لانتفاض المقاضاة في ذلك القدر وبقائه ديناً على الميت عوجب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قبل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كافي لزعمه وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما مال لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور ان يأخذ الخمس من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم ان أباه قبض منه المائة (لان هذا) أي لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أي استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما امر ان الدينون تقضى بأمثالها فيجب للدينون على صاحب الدين مثل مال صاحب الدين عليه فيلتحقان بقصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصة خاصة (فاذا كذبه) أي كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أي نصيب المقر (كما هو المذهب عندنا) احتراز عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا في أكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين وقال في معراج الدراية وما هو المذهب عندنا قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لاني حق الغير فيكون في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالأظهر عندي في الجواب أن به مال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية وأما في القسمة الحكيمة كما نحن فيه فعدم جوازها ممنوع وبؤيده ما صرحوا به في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصد الاختلاف ما لم قال المصنف (غاية الامر انهما) أي الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما) أي على كون الخسين بالدين على الغريم الذي يقضه الابن المنكر مشتركا بين الابن المقر والابن المنكر هذا جواب سؤال مقدر تقريره أن جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشتركا بينهما فإدراك ذلك مشترك كالوما بقي يبقى مشتركا بينهما فالابن المنكر لما جدد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهو متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فيبتغي أن يكون ذلك بينهما مناصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما (لكن المقر) يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة إذ (لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم) بقدر ذلك لزعمه أن أباه لم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا على المقر بقدر ذلك لانتفاض المقاضاة في ذلك القدر وبقائه ديناً على الميت عوجب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدي الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال فان قبل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كافي لزعمه وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور

وقد انتقض القبض في هذا المقدار فيرجع بتمام حقه ورجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور (قوله على ما مر) أقول في أو آخر باب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أي نصيب المقر

واقائل أن يقول إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لأن المظلوم لا ينظم غيره والجواب أن المظلوم لا ينظم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بنظام بل طالب لتمام حقه والله أعلم

﴿ كتاب الصلح ﴾

قد ذكرنا وجه المناسبة في أول الاقرار (٢٢) فلا نعيد وهو اسم للصالحه خلاف الخاصه وفي اصطلاح الفقهاء

﴿ كتاب الصلح ﴾

المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادق على كون المقبوض مشتركا بينهما فالمرجع لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما أجب بقوله غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني أن المرجع هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى (أقول) كل واحد من تقريري السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره محتال أما تقرير السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا أساس له بكلام المصنف ههنا لانه قال غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل كلامه على ذلك والعجب ان صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا في أثناء تقرير السؤال وفرغ على تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب المرجع بقوله فما المرجع لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى أن في نفس هذا التقرر تعارض وتناقضا وأما تقرير الجواب فلان المفهوم من قوله يعني أن المرجع هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن لزوم الدور وانما يكون باعتبار زعم المنكر دون المقر وليس كذلك بل لزوم الدور وانما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر لأن رجوع الغريم على المقر بالأثر عنه هو على زعم المقر أن أباه قبض منه الخمسين وانما في عليه الخمسون المقبوض وأما على زعم المنكر وهو أن أباه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر بشئ بل يلزمه أن يعطى المقر أيضا مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور وتدرى ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول إذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان من زعمه أن أخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه أخوه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لأن المظلوم لا ينظم غيره والجواب أن المظلوم لا ينظم غيره ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بنظام بل طالب لتمام حقه انتهى (أقول) في الجواب نظر لان الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم أولا ان كان يتسامه حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام حقه اذ ليس حقه في المائة بزيادة على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض أولا يتسامه حقه بل كان بعضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوما وسوق الجواب المزبور على تسليم مظلوميته كما ترى فالخفي في الجواب أن يقال لان سلم انه اذا كان من زعم المنكر أن أباه لم يقبض شيئا كان في زعمه انه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم أولا مشتركا بينهما كما تقررنه مجوزا أن يكون من زعم المنكر ذلك ان أخاه ظالم لنفسه حيث أبطل حقه في المائة باقراره بأن أباه قبض منها الخمسين

﴿ كتاب الصلح ﴾

قد مر مناسبة الصلح بالاقرار في أول كتاب الاقرار والصلح في اللغة اسم للصالحه التي هي المسالمة خلاف

الخاصة

وبحسب البدلين على القسمة العقلية على ما سنذكره وجوازه ثابت بالكتاب والسنة

(قوله ولقائل أن يقول الى قوله في اقراره ظالم) أقول فيه شئ فافهم ما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما كما يمكن لزعمه أن أخاه فيما يقبضه منه ظالم مجال ظاهرا (قوله لان المظلوم لا ينظم غيره) أقول الغريم لم يوف تمام ما عليه عنده فلا يكون مظلوما اذا رجع عليه في زعمه وهذا هو مراد الشارع

﴿ كتاب الصلح ﴾

عقد وضع لرفع المناصبه وسببه تعلق البقاء المقدر لتعاطيه وقد بيناه في التفسير وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتراض وسبب ما في تفصيله وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعي عليه لانه اسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لانه طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم يقبل الطالب قبلت وحكمه تلك المدعي المصالح عليه منكر كان الخصم أو مقرا أو وقوعه للبدعي عليه في المصالح عنه ان كان مما يحتمل التملك والبراقعة في غيره ان كان مقرا وان كان منكرا فحكمه ونوع البراقعة دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك أولا وأنواعه بحسب أحوال المدعي عليه ما هو المذكور في الكتاب

الخاصة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فعناء دال على حسنه الذاتي وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كافي سائر المعاملات وركنه الإيجاب والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذ من النهاية وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعي عليه لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعث لا يتم البيع ما لم يقل الطالب قبلت انتهى (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نه سيأتي في الكتاب أن الصلح إذا وقع عن إقرار فان كان عن مال يعمل اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وإن كان عن مال بمنافع اعتبر بالأجارات وإذا وقع عن سكوت أو انكار كان في حق المدعي عليه لاقتداء البين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فإذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو انكار وجب أن لا يتم الصلح بقول المدعي قبلت لأن كونه إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر فيما إذا وقع عن سكوت أو انكار إنما هو في حق المدعي وأما في حق المدعي عليه فأنما هو لاقتداء البين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله أيضا حتى يتحقق الاقتداء وتقطع الخصومة وأما ثانياً فلا نه إذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلاً فصول على قطعة منها أو الحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي كان الصلح صحيحاً على ما سيجي في الكتاب فينبغي أن يتم هناك أيضاً بقول المدعي قبلت بدون قبول المدعي عليه لكونه إسقاطاً للدعوى بعض الحق بمثل ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فلا يتم إطلاق قوله والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ثالثاً فلا نه لأنه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الأول قاصر عن إفادة كلية المدعي وهو ركنية الإيجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقاً فان طلب البيع من غيره لا يتشقي في كل صورة من الصور الثلاث المندرجة في الضابطة المذكورة الصلح بل إنما يتشقي في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن إقرار وكان مالا بمال فتأمل وشرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتراض ولا أنواعه شروط أخرى سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وبعض الشروح قال في العناية أخذ من النهاية وحكمه غلظ المدعي المصالح عليه منكر كان الخصم أمقر أو وقعه للدعي عليه في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التملك والبراءة له في غيره إن كان مقر أو إن كان منكر حكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التملك أو لا انتهى (أقول) فيه كلام وهو أن المصالح عليه أيضاً قد يكون مما لا يحتمل التملك ترك الدعوى فانهم صرحوا بأنه إذا ادعى حقاً في دار رجل وادعى المدعي عليه حقاً في أرض بيد المدعي فاصطالحا على ترك الدعوى فإنه جائز جعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تلك المدعي عليه إياه وبراءته عن دعوى المدعي وفي جانب المصالح عليه قسمين ما إذا هو تلك المدعي إياه مع جريان احتمال التملك وعدم احتماله في الجانبين معاً لا يتخلو عن تحكيم فإن توقف في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك أمر ظاهري مبني على السامحة وإنما المصالح عليه حقيقة في ذلك ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما يبالا آخر فإنه يقع مصالحا عنه بالنظر إلى ذي اليد ومصالحا عليه بالنظر إلى الآخر وهو مما لا يحتمل التملك قطعاً فلنا فإذا يقال فيما إذا ادعى كل واحد منهما على الآخر قصاصاً فاصطالحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين إذ لا شك أنه كان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التملك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمله فلا يتصور في هذه الصور

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) المحصر على هذه الأنواع ضروري لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيباً وكل ذلك جائز (لقوله تعالى والصلح خير) فإنه باطلاً لا يفتاؤها فان منع الاطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبأنه ذكر الله لميل أي لا جناح عليه ما أن يصالحا إلا أن الصلح خير فكان عاماً ولا نه وقع قوله تعالى أن يصالحا (٣٤) في سياق الشرط فكان مستقبلاً وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن إياه

بل جنسه فان قيل سلمناه ولكن صرفه الى الكل متعذراً لأن الصلح بعد البين وصلح المودع وصلح من ادعى قذاً على آخر وصلح من ادعى على امرأة تكاحاً فأنكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لم يمنع لا يستلزم تركه عند عدمه (ولقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحاً محرماً أو محرماً حلالاً

(قوله لأنه سقط بقولنا مجيباً) أقول فيه بحث اذ لا يكون المحصر حينئذ ضرورياً قال المصنف (لاطلاق قوله تعالى والصلح خير) أقول أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة الى الموصوف وتعمام الآية وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير (قوله أجيب

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز) لا طلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحاً محرماً أو محرماً حلالاً

فذلك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقى ههنا كلام آخر وهو انه اذا ادعى رجل داراً وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذي اليد شيئاً بطريق الصلح وأخذ الدار فانه جائز كما سيأتي في الشروح وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاسترواق مع أنه بطلان ههنا المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في أحد الجانبين طرداً وعكساً فتأمل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية المحصر على هذه الأنواع ضروري لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً وهو لا يخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا مجيباً انتهى (أقول) يرد على ظاهر جوابه انه انما يفيد انحصار تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يخلو عن النفي والاثبات ولا يفيد انحصار تقسيمه الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً اذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معاً فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري ويمكن أن يقال المراد بالسكوت في قوله إما أن يسكت أو يتكلم مجيباً هو السكوت عن التكلم مجيباً لا السكوت مطلقاً وهو عدم التكلم أصلاً فتدخل الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيمه الاول وهو قوله إما أن يسكت فيصح قوله المحصر على هذه الأنواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقصر المدعى عليه ولا يكره لا يخلو عن إيماء الى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لأن معنى مطلق السكوت مع كونه غنياً عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلاً (قوله وكل ذلك جائز لا إطلاق الخ) نسأله المصنف ههنا في التعبير حيث قال لا إطلاق قوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليه أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا إطلاق قوله الأنهم كثير ما يتساهلون في العبارة في أمثال ههنا على ظهور المراد وتنبه على فائدة تفسير ههنا لك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشيء في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشربف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لا إطلاق قوله تعالى أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة الى الموصوف انتهى (أقول) ليس هذا بعيداً أما أولاً فلأن إضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف الى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحو حتى أنهم أولوا

بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول أنت خير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستنداً بأن اللام مثل العهد فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليست (قوله وبأنه ذكر للتعليل) أقول فيه بحث لأنه لو كان تعليلاً لبدل الفاء بالواو (قوله وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول ان أراد أن الحكم بالمحمول على الموضوع كائن في الحال فسلم ولا يفيد الجواز أن يكون المحكوم عليه هو الصلح الاستقبالي وان أراد أن الحكم على الصلح الكائن في الحال يعني حقيقة الصلح وجنسه كما في قولهم الرجل خير من المرأة فالخصم أن يمنع (قوله فأنكرت لا يجوز) أقول بل يجوز كما سيبي عن قريب

مثل جرد قطيفة وأخلاق ثياب بما يخرج به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فبمعنى
 حمل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ثانياً فلأن الصفة في لقوله المطلق هو المطلق لا الإطلاق والكلام
 في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيئاً بل لابد من المصير إلى المسامحة
 كما ذكرنا وقال صاحب العناية فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح
 عليهم ما أن يصلحوا بينهم ما صلحوا واصلح خير فكان للعهد أجيب بأن الاعتبار هو اللفظ لا المخصوص
 السبب وبأنه ذكر للتعليل أي لا جناح عليهم ما أن يصلحوا لأن الصلح خير فكان عاملاً لأنه وقع قوله تعالى أن
 يصلحوا في سياق الشرط فكان مستقبلاً وقوله تعالى واصلح خير كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى
 (أقول) إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليس باتامين أما الأول فلأن كون الاعتبار
 لعموم اللفظ لا لمخصوص السبب لا يجدي شيئاً في دفع السؤال المذكور لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل
 اللام في قوله تعالى واصلح خير على العهد فانه حينئذ يصير خاصاً وانما يجدي نفعاً لو سلم عموم اللفظ في نفسه
 وأريد تخصيصه بمخصوص السبب وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله واصلح خير كان في الحال أن التكلم
 بهذا الكلام والأخبار بهذا الخبر كان في الحال أي في حال ورود الآية الكريمة فلم يكن هذا إلا نافي
 أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غداً خبر فلا شك أن تكلمك
 بهذا الكلام وأخبارك به كائن في الحال وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالتخيرية فيكون في المستقبل فلم
 يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع فالجواب
 من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المسدود في الكافي وفي سائر الشروح أخذ من الأسرار
 ووجه كون الصلح عاماً في قوله تعالى واصلح خير على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تنقيد بحمل الحكم
 الذي دل فيه بل أيتموا وجدت العلة بتبعها حكمها كذا قالوا وهو النقر بالمناسبات لقواعد الأصول وأما
 النقر بالمطابق لقواعد المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجاً عن الكبرى من الشكل الأول كأنه
 قيل فإن هذا صلح والصلح خير وكناية الكبرى شرط لانتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان واعتراض
 بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضاً حيث قال فيه بحث لأنه لو كان تعليل لا بدل القابل أو انتهى
 (أقول) ليس هذا بشي لأن ذلك الإبدال انما يلزم لو كان تعليل من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل
 من حيث المعنى وعن هذا قالوا إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال صالحو الان
 الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير على أن قوله تعالى
 والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدلائل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والقائه
 إذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال ههنا أصلاً تدبر ثم
 قال صاحب العناية فإن قيل سلمناه معنى الإطلاق في قوله تعالى واصلح خير ولكن صرفه إلى الكل متعذر
 لأن الصلح بعد العيين وصلح المودع وصلح من ادعى فذاعلى آخر وصلح من ادعى على امرأة كما حاقاً فذكرت
 لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع
 لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) برده على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امرأة كما حاقاً فذكرت
 لا يجوز أنه خبط اذ هو مخالف لصريح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سألني وهو أنه
 إذا ادعى رجل على امرأة أن كانا حواهي فجدد فصلحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جازف كأنه في معنى
 الخلع ثم أقول توجيهه إن عدم الجواز رواية في هذه المسئلة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال
 المزبور عما أوردته الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأخواتها بما هو الملائم لغرضهم والحنفية أجابوا
 عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع

(۲۶)

(قوله) ولنا مانا لوئامن قوله
تعالى والصلى خير وأول
ماروبنا (أقول) وههنا
تكرار وكان الأولى أن لا يذكر
ذلك الدليلين فيما تقدم
حتى لا يلزم ذلك قال المصنف
(وتأويل آخره) أحل حراما
لعيته كالجر أو حرم حلالا
لعيته كالصلح الخ (أقول) وجهه
على هذا الحق لأن الحرام
المطلق ما هو حرام لعيته
والحلال المطلق ما هو حلال
لعيته كذا في الكافي ثم قال
وبما ذكره غير محتمل إذ
الصلح مع الأقرار لا يخلو عن
ذلك فالصلح يقع على بعض
الحق في العادة فما زاد على

المأخوذ إلى غلام الحق كان - لا لالمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح أو كان جرأما
على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لأنه لو حل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول
بغنى لكان كالصلح على غير الاقرار في البطلان على زعم الخصم (قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق) أقول هذا يختص
بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذا تجاوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيجيء

(ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الاقرار (فيقضى بجوازه) لوجود المفتضى وانتفاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الدافع أو من جهة الآخر وليس شئ منهما موجودا أما الثاني (فلا ان المدي يأخذه في زعمه عوضا عن حقه وذلك مشروع وأما الاول فلا ان المدي عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضا (٢٧) مشروع اذا المال وقاية الانفس ودفع

الظلم عن نفسه بالرشوة
أمر جائز لا يقال لان صلح
الجواز لقوله صلى الله
عليه وسلم لعن الله الراشي
والمترشي وهو عام لانه
محمول على ما اذا كان على
صاحب الحق ضرر محض
في أمر غير مشروع كما اذا
دفع الرشوة حتى أخرج
الوالي أحد الورثة عن
الارث وأما دفع الرشوة
لدفع الضرر عن نفسه
فجائز لا يدفع وغامضه في
أحكام القرآن للرازي
فان قيل فعلى هذا اذا ادعى
على آخر ألف درهم وهو
مشكر ونصالحا على دنائره
مسبأة ثم افتقر فاقبل القبض
ينبغي أن يجوز لان هذا
الصلح في زعم المدي عليه
لدفع الخصومة عن نفسه
للاعادة وضعة ومع هذا
لا يجوز أجيب بأن عدم
الجواز بناء على زعم المدي
اذ في زعمه انه صرف لانه
صالحه عن الدراهم على
الدناير والقبض شرط فيه
في المجلس قال (فان وقع
الصلح عن اقرار الخ) اذا
وقع الصلح عن اقرار وكان
عن مال على مال اعتبر فيه
ما يعتبر في البياعات لوجود
معنى البيع وهو مبادلة

ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدي عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا اذا المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال (فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجوده معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما

على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حله على الصلح على الاقرار خاصة اذا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغيره والحلال لغيره أيضا فادار التأويل والحمل في آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال وأطلاقه دون لفظ الصلح فالحق في التقرير أن يقال لانه لو حمل على ما يعم الحرام والحلال لعينه ما و لغيره ما كان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على احلال الحرام وتحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بأن قال هذا المختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي كما سيحكي ما انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلا غاية الامر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي على أنه ليس كذلك أيضا لان جواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وهو أن يز يددرهما في بدل الصلح وسيأتي كلا الطريقين في الكتاب وعلى كليم ما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين أيضا (قوله ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه الى قوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه ائمتنا من جواز الصلح مع انكار أو سكوت أيضا متضمن للجواب عن دليل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدي عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمترشي عام لا نناقض هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز لا يدفع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومها انتهى (أقول) الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبیح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شك ان دفع الضرر عن نفسه دفع الحرج (قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدروري في مختصره ولما كان الاصل ان الصلح يجب حله على أقرب العقود اليه كما صرح حوايه أراد أن يبين ضابطه يعرف بها انه على أي عقد يحمل (أقول) ليست هذه الضابطه بتمامه لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال أو بمنفعة كما اذا أوصى لرجل بسكنى داره سنة فمات وادعى الموصي له السكنى فماله الورثة عن ذلك على دراهم معينة أو على خدمة

المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه أن المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومها

فجري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية وينسده جهالة المصالح عليه لانها تنفض الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاق بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليته على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل أن يدعى حقاني دار رجل وادعى المدعي عليه حقاني أرض بيد المدعي واصطلمها على ترك الدعوى جاز وان احتج اليه وقد اصطلمها على أن يدفع أحدهما لا ولم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم اليه ما ادعاه لم يجز وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه الى التسليم كالأدعي حقاني (٣٨) دار في يد رجل ولم يسلمه فاصطلمها على أن يعطيه المدعي مالا معلوما ليس المدعي عليه

(فجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط وينسده جهالة البذل) لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البذل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويطل الصلح بموت أحدهما في المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا) ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين (وغيرهما) وهذا في الانكار ظاهر وكذلك في السكوت لانه يحتمل الاقرار والحدود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك

الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلمها في هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي النسبة فلا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجب فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البذل شرط لكونه في معنى البيع (وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال) وكل منفعة يجوز استحقاتها بعقد الاجارة يجوز استحقاتها بعقد الصلح فاذا صالح على سكني بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان قال أبدا أو حتى يموت لا يجوز

عبد شرا أو على ركوب دابة شهر فان كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول الفصل الا في مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يتبع عماليس بمال ولا منفعة كالصلح عن جنابة العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا أيضا كما سيأتي في الكتاب مع انه ليس عند كور أيضا في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتناق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما باءاغل أيضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها أصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال يستغنى عن ذلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الا في عن قريب لانا نقول قد ذكرهنا ما ذكره ههنا أيضا بأن قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعي وأما فيما اذا وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعي فهو حط وبراء وان كان مثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربما صرح به في التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به الى ما ذكره بقوله لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وأنكر المدعي عليه أو سكت ودفع المدعي الى المدعي عليه شيئا بطريق الصلح وأخذ العيين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه في حق

المدعي

فان الاعتبار في العقود للعاني كالهبة بشرط العوض فانها بيع معنى والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة

والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كقالة (فبشرط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانكار كان في حق المدعي عليه لاقتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعي يأخذه عوضا في زعمه فان قيل العقد لما اتصف بصفة كيف يتصف بأخرى تقابلها أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة) فانها فسح في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الحسل في حق امرأته والتحرير المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لاقتداء اليمين أو قطع الخصومة (في الانكار ظاهر) وأما في السكوت فلا نه يحتمل الاقرار والحدود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك مع ان جملة على الانكار أولى لان فيه دعوى تفرغ الذمة وهو الاصل

قال (واذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أي المدعي عليه ليستفي الدار على ملكه لانه يشترها ويدفع المال لدفع الخصومة عن زعمه والمريء يأخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره (بخلاف ما اذا كان على دار) لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه فصار كأنه قال اشترتها من المدعي وهو ينكر (واذا صالح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه) على المدعي (بمحصة المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك وانما صالح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعي عليه ورد العوض لان المدعي عليه ما بذل العوض الادفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه فيسترده كما كفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتغاله على غرضه وفوض بما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحققت فانه لا يرجع على المدعي عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع (٢٩) الخصومة وأجيب بأن المدعي عليه

مضطرب في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحققت زالت الضرورة الموجبة لذلك لا تفاءل الخصومة فيرجع وأما المدعي فهو في خيرة في دعواه وكان ذلك الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده وان استحق بعض المصالح عنه رد المدعي حصصه المستحق ورجع بالخصومة على المستحق فيه أي في أصل الدعوى أما رجوعه عليه فلانه قام مقام المدعي عليه في كون البعض المستحق في يده وأما رد الحصص

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعي عليه يكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعي عليه بمحصة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض) لان المدعي عليه ما بذل العوض الا بدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين ان لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بخصمته وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعي لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين

المدعي ليس بمعنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا يتصور ان يعاوض انسان

فلما لو العوض في هذا القدر عن غرض المدعي عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار رجع بكل المصالح عنه) لانه انما ترك الدعوى ليس له بدل الصلح ولم يسلم فيه رجع بمبدله كافي البيع (وان استحق بعضه رجع بمحصته) اعتبارا بالبعض بالكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله أو بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يجز لفظ البيع في الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وانكر المدعي عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عيبد وقال بعث هذا العبد بهذه الدار ثم استحققت هذه الدار فان المدعي يرجع على المدعي عليه بما ادعى لا بالدعوى لان اقدام المدعي عليه على البيع اقرار منه بالحق للمدعي اذا الانسان لا يشتري ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة (ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم) الى المدعي (فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين) أي فصل الاقرار والانكار فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعي وان كان عن انكار رجع بالدعوى

(قوله لانه يأخذها لوقوله ويدفع المال) أقول قوله ويدفع معطوف على قوله يأخذها (قوله فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعي عليه) أقول يعني يبقى العوض في يد المدعي (قوله فلا يسترده) أقول أي بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحققت فان المدعي يرجع) أقول صوابه ثم استحق اذا ضمير المستتر فيه راجع الى العبد

قال (وان ادعى حقاً في دار الخ) هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقاق من كتاب البيوع فلا نعيد لها ولو ادعى داراً فصالح على قطعة منها) كيدت من بيوتهم بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الثاني (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه) وأبرأ عن الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء ود كشيخ الاسلام أنه لا تسمع دعواه ود كصاحب النهاية أنه ظاهر الرواية وجهه أن الابراء في عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان من قال لغيره أبرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه به ذلك لم يصح ولم تسمع وقيد بقوله على قطعة منها لان الصلح اذا وقع على بيت مع لوم من دار اخرى صح لكونه حينئذ ذبيعاً وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها (٣٠) لكونه اجارة حتى يشترط كون المدة معلومة ولو اراد المدعى أن يدعى البقية لم يكن له

ذلك لو وصل كل حقه اليه باعتبار بطله عينا أو منفعة قال المصنف (والوجه فيه) أي المسئلة في تصحيح الصلح اذا كان على قطعة منها (أحد) آخرين ان يزبدرها ما في بدل الصلح لغير عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي (مثل) أن يقول برئت من دعوى في هذه الدار فإنه يصح مصادفة البراءة الدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى به ذلك وجاء بينة لم تقبل وفي ذ كلفظ البراءة دون الابراء إشارة الى أنه لو قال أبرأتك عن دعوى أو خصومتى في هذه الدار كان باطلا وله أن يخصم فيها بعد ذلك والفرق بينهما أن أبرأتك انما يكون ابراء من الضمان لا من الدعوى وقوله برئت براءة من الدعوى كذا قالوا ونقله صاحب النهاية عن الذخيرة ونقل بعض الشارحين عن الوقائع في تعليل هذه المسئلة لان قوله أبرأتك عن خصومتى

قال (وان ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصالح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيأ من العوض لان دعواه يجوز أن يكون فيما بقي) بخلاف ما ذا استحق كله لانه يعبرى العوض عند ذلك عن شئ يتقابله فيرجع بأكمله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى داراً فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه أحد أمرين إما أن يزبدرها ما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي (فصل) (والصلح جائز عن دعوى الاموال) لانه في معنى البيع على ما مر

ملك نفسه بل هو في حق المدعى في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به أيضا (قوله أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي أن يقول قد برئت من هذه الدار أو يقول قد برئت من دعواي في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء بينة لا تقبل أما لو قال أبرأتك عن هذه الدار أو قال قد أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار فهذا وامثاله باطل وله أن يخصم فيها بعد ذلك وفارق بين قوله برئت وبين قوله أبرأتك فان في قوله أبرأتك انما أبرأت من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان عبد الله بن عبد الرحمن لو قال له رجل له رجل برئت منه كلامه ولو قال أبرأتك منه كان له أن يدعيه وانما أبرأت من ضمانه كذا في الذخيرة الى ههنا كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلا نبيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق للشروح وهو قول المصنف أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه بأحد الأمرين انما هو عدم صحة البراءة من العين والأصح الصلح على ذلك بان كان استيفاء بعض الحق واسقاط البعض الباقي كافي الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة الصحيحة المطابقة للشروح انما هو قوله برئت من دعوى في هذه الدار وأما ثانياً فلا لأن قوله فان في قوله أبرأتك انما أبرأت من ضمانه لا من الدعوى انما ينشئ في قوله أبرأتك عن هذه الدار لا في قوله أبرأتك عن خصومتى لان الابراء من الخصومة هو الابراء من الدعوى وقد صرح بأن قوله أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار باطل أيضا بخلاف ما قالوا في عبد الله بن عبد الرحمن فان المذكور ههنا في جانب الابراء انما هو قول الآخر أبرأتك منه لا غير تبصر

(فصل) لما فرغ من مقدمات الصلح وشرايطه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليقه (لانه في معنى البيع على ما مر) أقول ههنا شئ وهو أن قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال

في هذه الدار خطاب للواحد فله أن يخصم غيره في ذلك بخلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه مطلقا فيكون هو بريئا ويعلم من هذا التعليل ان قول صاحب الذخيرة وله أن يخصم فيها بعد ذلك معناه على غير مخاطب وهو ظاهر والله أعلم

(فصل) لما فرغ من ذكر مقدمات الصلح وشرايطه ومن ذكر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز (قال والصلح جائز عن دعوى الاموال) الاصل في هذا الفصل أن الصلح يجب حله على أثر ب العدة وداليه وأشبهها به احتمالا لا تصح تصريف العاقل بقدر الامكان فاذا كان عن مال عمال كان في معنى البيع كما مر

(قوله ونقل بعض الشارحين عن الوقائع) أقول الناقل هو الاتفاق عن الوقائع الحاصية (فصل) والصلح جائز قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع) أقول يعني اذا لم يكن بالمنافع والافه ومعنى الاجارة

وإذا كان عن المنافع بمال كما إذا وصى بسكنى داره ومات فادعى الموصى له السكنى فصالح الوارث عن شيء كان في معنى الاجارة لان المنافع تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح

قال المصنف (قال والمنافع لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح) أقول قال العلامة الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبده آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهر افهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على عليك المنفعة من أحد يبدل ولهذا وأجر منهم لا يصح (٣١) الا أنا نقول بأن هذا ليس بتملك اياهم

يبدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية يبدل ولفظ الصلح لفظ يحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه عليك أمكن تصحيحه اسقاطا فصالحه اسقاطا وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشروط ولهذا جاز على خدمة عبده آخر فلو كان هذا تملك كان باطلا لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصلح غير لانه تصرف نافع في حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه في منفعة مادام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له انتهى قال العلامة النسفي في الكافي والصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار جرده أو أقربه فصالحه

قال (والمنافع) لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح

مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح عن مال بمنفعة فان أجرى على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم تعليل المصنف بقوله لانه في معنى البيع على ما مر اظهروا أن الصلح عن مال بمنفعة ليس في معنى البيع بل هو في معنى الاجارة كما صرح به فيما مر وان قيد بما كان عن مال بمال كما فعله صاحب العناية لزم أن لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع انه معقود لبيان أنواع ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز فكان نقصه من المقيد بالضرورة لا يقال انما ترك ذلك النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما فيما مر لانه نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه أيضا كان معلوما فيما مر (قوله والمنافع) بالجر عطف على الاموال وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ التدويري قال المصنف في تعليقه (لانها تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح) أقول لاقائل أن يقول يشكل هذا التعليق بما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال وإذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبده آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهر افهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على عليك المنفعة من أحد يبدل ولهذا وأجر منهم لا يصح الا أنا نقول لان هذا ليس بتملك اياهم يبدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية يبدل ولفظة الصلح تحتمل التملك ويحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه عليك أمكن تصحيحه اسقاطا وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشروط الى هنا كلامه فان الموصى له اذا لم يقدر على عليك المنفعة الموصى بها من أحد لم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بأن المنافع تلك بعقد الاجارة فكذا بالصالح ثم أقول يمكن أن يقال ان الموصى له وان لم يقدر على عليك المنفعة الموصى بها حقيقة الا أنه يقدر على عليكها حكما من حيث انه يقدر على اسقاطها يبدل وقد اشار اليه الامام الاسييجاني بقوله وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم فعني تعليل المصنف أن جنس المنافع تلك حقيقة بعقد الاجارة كما إذا أجر ملكه فكذا عليك حكما بالصالح كما إذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل التوفيق بين كلامي الشريين قال الامام النسفي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجده أو أقربه فصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصالح انتهى وقال بعض الفضلاء به ونقل هذا ونقر ما ذكره الامام الاسييجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد على ما مر وأنت خير بما بين ما نقل من الاسييجاني والكافي

الوارث على شيء جاز لانه جاز أخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصالح انتهى وانت خير بما بين ما نقل من الاسييجاني والكافي من المخالفة ولعل في جواز الاجارة واثبتين فليتا مل ثم اعلم ان ظاهرا ما ذكره الاتقاني من قوله الا أنا نقول بأن هذا ليس بتملك اياهم يبدل بل هو اسقاط حقه الخ بخلاف ما ذكر في الهداية كالايجتي وفي مبسوط الامام شمس الأئمة السرخسي ولو ان الوارث اشترى منه الخدمة ببعض ما ذكرنا لم يجوز لان الشراء لفظ خاص وضع لتمليك مال بمال والموصى له بالخدمة لا يملك تملك الخدمة بعوض من غير الوارث بطريق البيع والاجارة فكذلك لا يملك تملكه من الوارث بخلاف لفظ الصلح الا يرى ان المدعي عليه بعد انكار لو صالح المدعي على شيء لم يصربه مقر حتى اذا استحق عاد الى رأس الدعوى ولو اشترى منه المدعي صار مقرره بالملك حتى لو استحق البديل رجع بالمدعي انتهى

واذا صالح عن جنابة العمد والخطا صلح أما الاول فلقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء ووجه الاستدلال على أحد معنييه وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك فن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أي فاولى القتل اتباع المصالح ببدل الصلح بالمعروف أي على مجاملة وحسن معاملة واداء أي وعلى المصالح اداء ذلك إلى ولي القتل بأحد ان في الاداء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز صلح عن جنابة القتل العمد وأما المعنى الآخر وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فن عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان للقتل أولياء فعني بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعرفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه واداء اليه بأحسن أي وليؤد القاتل إلى غير العاقبة حقها وأقبا غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهرا فلهذا قال ابن عباس انها نزلت في الصلح (قوله وهو بمنزلة النكاح) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فانه في معنى النكاح من حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي (٣٣) منهم ما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي

واذا كان في معناه صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صالحه على سكنى دار أو خدمة عبدة سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صدقا فكذلك بدل في الصلح وان صالح على ذلك أبدام يجوز لانه لم يصلح صدقا بل هاتمه فكذلك بدل ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى ان الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وان لم يصلح صدقا وأنه اذا صالح على أن يعفو من عليه عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لان كون الصدق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تبغوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكون فيكون العوض

والاصل فيه أن الصلح يجب حله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتياالا لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن قال (ويصح عن جنابة العمد والخطا) أما الاول فلقوله تعالى فن عني له من أخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهم ما انها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا أن عند فساد التسمية هذا يصار إلى الدية لانها موجب الدم

من المخالفة ولعل في جواز الاجارة روايتين فليتا ممل انتهى (أقول) المخالفة بينهما في الفهم لافي المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة كما اذا أجر مملوكه فكذلك جاز أخذ العوض بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار مثلا وصية من رب الدار بالاجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن ما ذكره الامام الاسييجي في شرح الكافي من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبدة سنة وهو يخرج من ثلثه فصاحبه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبدة آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جاز وما ذكره صاحب النهاية نقلا عن المغني من أنه اذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصاحبه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صالحه على خدمة عبدة آخر يجوز أيضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهرا أو لبس ثوب شهرا فهو جاز انتهى بخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتمدة فان مدلوله ما جاز الصلح عن المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين من حيث جوز فمما صالحه الوارث عن خدمة عبدة على خدمة عبدة آخر والمصرح به في كثير من المعبريات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبدة يجوز بالاجماع وان كانا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به

فيه متقوم والمقصود حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان الاجارات فيه متقوم والمقصود حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر وقوله الا ان الاجارات عند فساد التسمية استثناء من قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا يعني لكن أي لكن اذا فسد التسمية بجهاة فاحشة أو بتسمية ماله ليس بمال متقوم ففرق بينهما فان كان الاول كما اذا صالح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لان الولي ماضى بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لان بدل الصلح لا تحمله العاقلة وجوبه بعبده

(قوله فن أعطى له الخ) أقول من حيث كناية عن الولي (قوله فن عني عنه) أقول فيكون له بمعنى عنه (قوله ولا يتوهم إلى قوله وان لم يصلح صدقا) أقول لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جاز والاصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مهورا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد ولا اقلا والوصيف يصلح مهورا في النكاح وينصرف مطلقا إلى الوسط فكذلك يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقا ينصرف إلى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتا ممل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية

وان كان الشاني كالمصالح على خرفانه لا يجب عليه شيء لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره والسكوت عنه سمي ولو سكت لبق العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر النحر (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل النحر (لانه الموجب الاصل) في النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى قد علمنا ما فرغنا عليكم في أزواجهم وموضعه أصول النكاح وتحقيقه ان المهر من ضرر ورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا صار كالمهر او لم يسم مهر او لم يسم مهر او لم يسم مهر المثل فكذا ههنا واما الصلح فليس من ضرر وراته وجوب المال فانه لو عفا بالاسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمي صلحا والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو عن له الحق فصح ان وجوبه ليس (٣٣) من ضرر وراته (ويدخل في اطلاق

جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جنابة العمد (الجنابة في النفس وما دونها وهذا أي الصلح عن جنابة العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق أن يملك وذلك ليس بحق في المحل قبل التملك) فأخذ بدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا (واذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لانها تبطل بالأعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احتراز عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدارين معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدارين بخصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة

ولو صالح على خير لا يجب شيء لانه لا يجب بطلاق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصل ويصح مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجنابة في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك أما القصاص فلكل المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالأعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة وابتين على ما عرف في موضعه

الاجارات ويفسد بما يفسد به انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانت مختلفة الجنس وان كانت متفقة بأن يصالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيفاء المنفعة بمنزلة ما فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيفاءها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتدبر (قوله والاصل فيه أن الصلح يجب جملة على أقرب العفو والبس وأشبهها به احتمالا لتصح تصرف العاقل ما أمكن) أقول لقائل أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فامكان حل مثله على شيء من العفو غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جنابة العمد من الجانبين فتمامه (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ذكرا واحدا منهم مبادلة المال بغير المال) قال الشراح في شرح قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا أي لا يقال كل ما يصلح بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح مادون العشرة صدقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه به بقوله تعالى أن يتنوبا أموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيمكن فيكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم (أقول) هنا اشكال وهو أنه اذا صح أن يكون بدل الصلح في جنابة العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف اذ كل واحد منهم مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جنابة العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة بغير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبدة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صدقا

(٥ - تكمل له سابع) لكن لا تبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة به هذا الصلح (والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة) يعني اذا قتل عن نفس رجل جفا المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال غير أن في بطلان الكفالة روايتين) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص وبه يفتى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضى أن يسقط حقه بموضع لم يسقط مجانا

(قوله والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفو عن له الحق) أقول فيه نوع مصادرة

(وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا والاول امان أن يكون منفردا أو منصف إلى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقددر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال (٣٤) فكان الواجب أن لا يقابله مال ولكنه أشبه النكاح في تقويمه بالعقد جاز بأي مقدار

تراضا عليه كالتسمية في النكاح وأن كان منضمما إلى العمد كان كما اذا قبل عمدا وآخر خطأ ثم صالح أولياءه ما على أكثر من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد مكن عليه لرجل مائة دينار ولا آخر ألف درهم فصالحه ما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الالف والباقي لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صالح على مكيل أو موزون حازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين الدية بدلين بدل الصلح (ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح أولياء القليل على أكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء في الابل) وخرج غيره من أن يكون واجبا بهذا النعل (فكان ما يعطى عوضا عن الواجب) فكان صحها (بخلاف الصلح) بالزيادة عليه (ابتداء لان تراضيها على

وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقددر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على أحد مقادير الدية أما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة لهم الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين الدية بدلين ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فالصلح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيها على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما عين قال (ولا يجوز زعن دعوى حدد) لانه حق الله تعالى لاحقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لاحقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في فكذا بدلا في العلم ولو صالحه على ذلك أبدا أو على ما في بطن أمته أو على غلة نخله سنين معاومة لم يجز لانه لم يصلح صدقا فافكذا بدلا في الصلح انتمى (أقول) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صدقا فافكذا بدلا في الصلح ينافي قولهم بأن العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكرنا ينبغي على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة الصالح عليه من غير تعرض لئلا يصلح صدقا فان جهالته نفسد الصلح فيما احتج فيه إلى التسليم والتسليم كما تقره بما مر وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب الغناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس شرع المسائل ان ما صلح به مهر في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصيف يصلح مهر في النكاح ويصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه يصرف إلى الوسط انتمى والمقصود قوله وما لا فلا فليست أمثل فان فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية إلى هنا كلام ذلك البعض (أقول) لا تخالفه فيه لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصيف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه إلى الوسط كما صرح به وللهذا يصلح مهرا في النكاح وهذا أمر لا ستر فيه (قوله) وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا نوجبها المال فيصير بمنزلة البيع (أقول) فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح اذا كان على جنس ما استحققه المدعي على المدعى عليه لم يحكم على المعاوضة وانما يحكم على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسواء في ذلك في الكتاب أيضا في باب الصلح في الدين ولا يخفى أن الصلح عن جنابة الخطأ اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضى القاضي بأحد منها بهينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى بأحد مقاديرها بهينه كان

بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين) ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا من قال (ولا يجوز زعن دعوى حدد) الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن (قوله بل القصاص ليس بمال) أقول وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة (قوله) والثاني كما اذا صالح على مكيل (الخ) أقول هو معطوف على ما سبق بشأنه إما طريق تخمينه أو هو قوله والاول اما الخ قال المصنف (وكذا لا يجوز الصلح عما أشعره إلى طريق العامة) أقول قال العلامة التسي في الكافي بخلاف ما لو كان إلى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوكة لاهلها انتهى قال المصنف (لانه حق العامة) أقول وفي الكافي بدل قوله لانه حق العامة لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قبول بغير النافذة

كم يرفع به الى الحالف فصله المأخوذ على مال لترك ذلك فالصلح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الخدش حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيها هو بيد هاته ابنة منها وبجهد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها او بانت منه وصدقها في الطلاق فصلح من التسب على مائة درهم فالصلح باطل لان التسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا أشعر رجل الى طريق العامة فصلح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصلح رجل من أهل الطريق جاز الصلح لان الطريق ملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد الصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضا الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم (٣٥) لسترك الظلة جازا اذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها

في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا الوعاء شيامن بيت المال ص (وحد القذف داخل في جواب الحدود لان الغلب فيه حق الشرع) وله - هذا لا يجوز زعفوه ولا

يورث بخلاف القصاص قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا الخ) هذا بناء على الاصل المار ان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه شها واذا اجحدت النكاح فصلحته على مال بذاته يمكن تصحيحه خلعاً في جانبته بناء على زعمه وبذلك لا للمال لدفع الخصومة وقطع الشغب والوطء الحرام في جانبها فان أقام على التزويج يئنه بعد الصلح لم تقبل لان

اطلاق الجواب حد القذف لان الغلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصلحته على مال بذاته - حق يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه يمكن تصحيحه خلعاً في جانبته بناء على زعمه وفي جانبها لا للمال لدفع الخصومة قالوا لا يجوز له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصلحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لا يجوز وجه الاول أن يجعل مال زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح

من ذلك القبيل فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أي ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعهما على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة كذا في النكاح وكثير من الشروح قال صاحب غايه البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جداً لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح عمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح عمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة عمالاً يتصور شرعاً فلا بد أن يجعل ترك النكاح عمال فرقة يبذل المهر وهذا وجه لا غبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج كذا في النكاح وكثير من الشروح (أقول) لما منع أن يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم له منها أصل المهر اذ لو لا هذه الفرقة لآزمه مهرها عند اثباتها النكاح بخلاف أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمنها تلك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز

ما جرى كان خلعاً في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع أنواع الصلح الا أن يسلم به بطيب عن نفسه فيكون عليهما على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحاً فصلحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجوز وجه الاول أن يجعل كآن الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني أنه بذل لها لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواها على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن شيء يقابله العوض فكان رشوة

(قوله فصلحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعني من أهل الطريق الخ (قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول نفسه بحث فانه لا يكون حراماً اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقد ذلك على رأى من قال لا ينفذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول أي رشوة محضة

(وان ادعى على رجل) مجهول الحال (انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فأقرب العقود اليه شبه العتق على مال فيجعل عتقته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى أجل في الذمة) ولا يصح ذلك الا بمقابلة ما ليس بمال كالنكاح والديات ولهذا لا يصح السلم في الحيوان (و) محمل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا أنه لا يثبت الولامة لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لانه صالحه بعد كونه عبداً فكان صلحه عترة الاعتراف على مال وفيه الولاء (واذا قتل العبد المأذون له رجلاً عداً فصالحه عن نفسه لم يجوز) سواء كان عليه دين أو لا (وان قتل عبداً) أي العبد المأذون له (رجلاً عداً فصالحه عنه جاز) سواء كان عليه دين أو لا (والفرق أن رقبته ليست حاملة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه ببيعاً وان جازاً جارة فلا يجوز أن يستخلص رقبته بمال المولى وصار كالاجنبي) أي صار العبد كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا ههنا (اما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ يباع فكذا استخلاصاً) تحقيق (هذا ان المستحق كالرائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا أي الصلح) كأنه شرأوه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه فانه اذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فانه لو قتل عداً فصالحه عن نفسه جاز وأجيب بأن المكاتب حر يداً واكتسابه له بخلاف المأذون له فانه عبداً من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن ليس للمولى القتيل ان يقتله بعد

(٣٦)

قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعى عترة الاعتراف على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا أنه لا يثبت الولامة لانكار العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلاً عداً لم يجوز له أن يصالح عن نفسه وان قتل عبداً رجلاً عداً فصالحه جاز) ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه ببيعاً فكذا استخلاصاً بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ يباع فكذا استخلاصاً وهذا لان المستحق كالرائل عن ملكه وهذا شرأوه فملكه قال (ومن غصب ثوباً وبدايته دون المائة فاستم له ففصله منه على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون رباحاً بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرق من جانب المرأة كما يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض في الفرق من جانبها على الزوج كالمرأة اذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شيء انتهى ويشير اليه قول

البذل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكفلاً وان لم يصح في حق المولى فصار كأنه صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له أن يقبل ولا ان يتبعه بشيء ما لم يعتق فكذا هذا قال (ومن غصب ثوباً وبدايته الخ) وهو وقوم من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب يقال ثوب يهودي وانما خصه بالذكر اشارة الى كونه معلوم القيمة وكل قيم معلوم القيمة

حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيماً معلوم القيمة فاستم له ففصله من القيمة على أكثر من ثوب من النقود جاز عند أبي حنيفة وقال يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بانفسب لانه المحتاج الى الصلح غالباً وقيد بالقيمي احترازاً عن المثل فان الصلح عن كرخطة على دراهم أو دنانير جائز بالاجماع سواء كانت أكثر من قيمته أو لا ولكن القبض شرط وان كانتا باعيانهما لثلاثين بيع الكالئ بالكالئ وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك لان المغصوب اذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في القيمة حالاً وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا أن الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائماً وتقدير ان لم يكن عند أبي حنيفة وعنده ما بمقابلة قيمة المغصوب فقال ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن فيه الناس كان رباحاً بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر رقبته الزيادة

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير في قوله راجع الى الذي قال المصنف (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول قال في النهاية أي في رقبته بتأويل العضو أو الجزء وانتهى فيه بحث فان الرقبة هنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أي الصلح كأنه شرأوه الخ) أقول فأشار الشارح الى أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

ولابي حنيفة طريقان أحدهما أن المصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمن كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان أبقاه مادم باقه كان مملوكا وإذا كان كذلك فالمالك الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه في الثوب أو العبد ولا ريب بين العبد والدرهم كالأمر كان العبد قائما والثاني أن الواجب على الغامب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد فهو الأمر في الغصب وانما يجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضرورا لا بصار إليه الا عند المحجز فاذا صلح على شيء كان البديل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثل فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل في حينئذ يصار اليه او يمكن (٣٧) أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك

اشارة الى أن المثل اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقبله اذا تراضيا على اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ونفوقض بما لو صلح على طعام موصوف في الذمة الى أجل فانه لا يجوز ولو كان بدلا عن المصوب جاز لان الطعام الموصوف بمقابلة المصوب غن وبمقابلة القيمة مبيع وبما لو صلح من الذمة على أكثر من عشرة آلاف درهم لم يجز وأجيب بأن المصوب المستهلك لا يوقف على أثره فكان كالدين والدين بالدين حرام حتى لو صلح عنه ذلك حالا جاز وبأن البديل جعل في مقابلة الذمة لانه لا وجه له على الاعتياض عن المقتول وعروض دليل أبي حنيفة

ولابي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو ان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق أما عندهما فلم يبينوا الفرق لابي حنيفة رجه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانهم اذ لم ينصوا عليها (وان صلح على عروض جاز) لم يبينوا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فسخا فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها انتهى فاذ احال هذا المعنى (قلت) يرد عليه أيضا ان يقال وقوع الفرقة من جانب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج الغرض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرة سبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذا كان تركه دعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلان سلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأة طلق نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلهما أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان طلق نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفسخ من جانبها هناك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيها اذا مكنت ابن زوجها فكذلك ادهننا لا يكون وقوعهما من جانبها مانعا عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله) أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو ان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثل فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثل في حينئذ يصار اليها انتهى كلامه (أقول) قد غلط في استخراج هذا المقام فحمل كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الأخذ وهذا غير متصور في القيمات لان أخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف بذلك قطعاً بل انما مراده به حق تعلق الملك بجهة أن الواجب في ذمة

بأنه لو باع عين المصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكما لجاز وأجيب بأن المبيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه تملك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال وأما الصلح فيمكن تصحيحه اسقاطا وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة (قوله) وإذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم ومن أعتق شقفا من عبدينه وبين شر يكة قوم عليه نصيب شر يكة فيضمن ان كان موسر أو يسي العبد

(قوله) وفي كلام المصنف تسامح الى قوله انما هو في المثليات) أقول وفي الكافي أو حقه في الأصل صورة ومعنى اذا الواجب ضمان العدو وهو مقيد بالمثل كما نطق به النص وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة يمكن كافي النكاح والدية انتهى وبه يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمه

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

لما كان تصرف المرفق نفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع قال (ومن وكل رجلاً بالصلح عنه الخ) ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه أي عن وكل في رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه الآن يضمه

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلح) أقول فيه بحث قال المصنف (لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول أي عن وكل فالعائد إلى اسم الموصول محذوف أي ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعني الاقطع

الغاصب حقاً للمالك مثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيمات أيضاً وإن لم يتصور حق الأخذ إلا في المثليات لأن وجوب القيمات في الذمة يمكن كالحیوان والثوب في الشكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلناه ما ذكر في الذخيرة ونقل عنه في النهاية بأن قال والوجه لا يخيبة رجه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان كما يجوز بالغام بالغ كالاعتياض عن الثوب القائم والحیوان القائم حقيقة وانما قلنا أن هذا الاعتياض عن الثوب والحیوان كما أن الواجب في ذمة الغاصب حقاً للمالك مثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيداً بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحیوان نحو المكيلات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة يمكن كافي الشكاح والدية إلا أن عند الأخذ بصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصع ما دعينا أن هذا الاعتياض عن الثوب والحیوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعتبرات وأطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقبي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبله أن تراصيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون راجحاً لخلاف الصلح بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى (أقول) عذره أقبح من ذنبه لأن المصنف ذهنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المثليين في الحكم شيئاً بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلح عن الثوب المستملك على أكثر من قيمته فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعي في القبي وكون الدليل محضاً وصلاً للمثلي كما زعمه لا يتم المطالب بختل الكلام لعدم إيفائه حق المقام ولا تجدي الإشارة إلى أمر أخفى عن الصدنفعا كما لا يخفى

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرفق نفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لما أن الإنسان في العمل لغيره متبرع واقفي أثره صاحب الغاية وصاحب العناية (أقول) إن قولهم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد إذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح ههنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المصنف والتوكيل به مستدر كالتنازل تبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به أيضاً فالحق عندى أن المراد بالتبرع بالصلح ههنا هو الصلح عن آخر بغير أمره وبالتوكيل به هو الصلح عنه بأمره وكلاهما صورتين مذكورتان في هذا الباب فيسأل ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك بقى شيء وهو أن التوكيل بالصلح فعل الموكل وهو تصرف فيه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكره بالنظر إلى قول المصنف في العنوان والتوكيل به والجواب أن التوكيل المذكور في العنوان مصدر من المبني لأفعول فيرجع إلى معنى التوكيل وهو تصرف للغير فإن قلت فلم لم يقل والتوكيل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج إلى البيان بأنه مصدر من المبني لأفعول قلت فائدة التعبير عن التوكيل بالتوكيل هي الإيحاء إلى أن المراد بالتوكيل الحاصل بالتوكيل وهو التوكيل بأمر الغير الذي هو الموكل لا المباشرة بنفسه بدون أمر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تأمل فانه معنى

والمال لازم للوكل (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه أسقط محض فكان الوكيل فيه سفيها ومعبرا فلا ضمان عليه كالأوكل بالنسكاح الآن يضمنه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعدد الضمان لا بعدد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

لطيف (قوله والمال لازم للوكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غايه البيان واللام في لوكل بمعنى على كفى قوله تعالى وإن أسأتم فلها أى فعلها واقضى أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للوكل أى على الموكل كفى قوله تعالى وإن أسأتم فلها أى فعلها انتهى (أقول) لا وجه لحمل اللام في قوله والمال لازم للوكل على معنى على لأن لوكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم تعدي بنفسها وبالبايع قال لزمه ولزم به ولا تتعدى بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون الختامها لتقوية العمل فالعنى والمال يلزم الموكل وإذا دخل اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها التقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وإن أسأتم فلها لأن اللام في قوله هاتيك متعلق بقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدّر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة فلا ضير في أن يحمل اللام هاتيك على معنى على تأمل توقف (قوله وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التأويل لا يمكن لتأويل المسئلة فإن فيه قيداً آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شئ وإن كان الصلح في المعاوضات لأنه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العفار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره إلى أن قال ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمنه الذي صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة بأسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بعمال وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم انتهى واقتضى أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يمكن لتأويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه بما ذكره المصنف فإن قوله أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل من تمة تأويله ومقصود منه تعميم جواب المسئلة لكل مالم يكن الصلح عن مال بعمال بطريق المفهوم كانه قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وفائدة التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح بل يأنه قطعاً في غير ذلك كالصلح عن جنابة العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيهاً محضاً كالنسكاح والخلع وغيرهما وإذا قدر أن هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسئلة وإن كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقّق فيما مر أن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه إنما هو لاقتداء بهين وقطع الخصومة وإنما هو معاوضة في حق المدعى وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقه ما لم يكن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه وإن كان الصلح في المعاوضات صلحاً عن مال بعمال وقد أشار إليه في المبسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة بأسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بعمال ولا يخفى

الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقاً إلا إذا ضمنه فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا بالوكالة قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه أسقط محض فكان الوكيل فيه سفيها ومعبرا فلا ضمان عليه إلا أن يضمنه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعدد الضمان لا بعدد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بعمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوى والخفة على الطلاق جـ. وباب المختصر وقال صاحب النهاية ما معناه أنه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار فإن كان لا يجب على الوكيل شئ وإن كان فيها لأن الصلح على الإنكار معاوضة بأسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الاجنبى جـ. واه مع الخصم

(قوله وهو أن يكون المصالح في المعاوضات) أقول الظاهر أن يقال الصلح في المعاوضات (قوله وإن كان فيها) أقول الضمير في قوله فيها يرجع إلى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره الم) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما ان قرن بذ كمال ضمان نفسه أولا فلاول هو الوجه الاول والثاني اما ان أضاف المال الى نفسه أولا فلاول هو الوجه الثاني والثاني اما ان يسلم المال المذكور أولا فلاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن برودجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خالبا عن الاضافة امامعرفا ومنكر او كل منهما اما ان قرن به التسليم اولم يقرن وقد ذكر وجهها حكم المنكر وبقي وجهها حكم المعروف ولكن عرف وجه حكم المعروف المسلم بذ كالتسليم في المنكر فبقي حكم المعروف غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر أما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن تم الصلح لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي والخصم سواء لان الساقط تلاشي ومثله لا يختص بأحد فصلى أن يكون أصيلا في هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولي بالتخلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعي عليه لا يرجع عليه بشئ كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره فانه يرجع ولا يكون (٤٠) لهذا المصالح شئ من المدعي أي لا يصير الدين للمدعي به ملكا للمصالح وان كان المدعي عليه مقرا وانما يكون ذلك

للمدعي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شئ فأى شئ يثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منكرا أما اذا كان منكرا فظاهر لان في زعمه ان لا شئ عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتركا ما في ذمته بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين عليك من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان

قال (وان صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح) لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء فصل أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالتخلع اذا ضمن البذل ويكون متبرعا على المدعي عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعي وانما ذلك الذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك ان قال صالحك على أئني هذه أو على عبيدي هذا صلح ولزمه تسليمها) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصلى الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لان التسليم اليه يوجب سلامة العرض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحك على ألف فالعقد موقوف فان أجاز له المدعي عليه جاز ولزمه الا ان لم يجز بطل) لان الاصل في العقد انما هو المدعي عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضمنه بقي عاقدان جهة المطالب فيستوقف على ايجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر وهو ان يقول صالحك على هذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا يسبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا صالح على دراهم مبيعة وضمنها ودفعها ثم استحققت أو وجدها زبوا فاحتج يرجع عليه لانه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان وله ان يجبر على التسليم فلا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه بيده والله اعلم بالصواب

باب الصلح في الدين

أن ما نحن فيه هو الوكيل من قبل المدعي عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر تفكر

باب الصلح في الدين

المدعي به عينا والمدعي عليه مقرا فان المصالح يصير مشتركا بالنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشئ من مال كصحيح (قوله) وان كان في يد غيره ووجه الوجه الباقي المذكور في المتن وهو ظاهر خلا ان قوله فانه قد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالحني على أئني ينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعوى على فلان فانه فيه يقف عن ايجازة المدعي عليه فان أجاز جاز وان رد بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقى كلامه ناهيا لا يحتاج الى شرح والله اعلم

باب الصلح في الدين

اما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم (قوله فصل أن يكون أصيلا في هذا الضمان) أقول فيه شئ والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعوى على فلان) أقول يعني فلانا الاول ولو قال من دعوى عليه لكان أن بعد عن التشويش

باب الصلح في الدين

(وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه يكن له على آخر ألف درهم فله حقه على خمسمائة ولكن له على آخر ألف جيات فصالحه على خمسمائة ز يوف جازوكا أنه أبرأه عن بعض حقه) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى ولللبعض والصفة في الثانية (ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكان له أجل نفس الحق) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بعلمها انسيئة لا يجوز.

(قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه) أقول فيه كلام وهو ان كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فممنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جيات فصالح عن ذلك على ألف درهم جيات يحمل على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعبرات كالبدائع والخفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وحمله على بعض من جنس ماله عليه أخذ لبعض حقه وحط لباقيته لا معاوضة انتهى ويمكن أن يعتذر عنافي الكتاب بأنه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكون الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم القائفة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي أن يراعى في لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا الا ترى ان لو كان عليه ألف درهم سود حاله فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز والخية اسم لما هو أجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجوز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشرع ما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كاله امثلة المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذي ذكره بقوله الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حاله فصالحه على ألف درهم بخية الى أجل لا يجوز فمبطل عنما نحن فيه مما هو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف أما الاول فلان البخية أجود من السود ففيها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة بالود وانما المستحق به السود لا غير وأما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجوز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل (قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا) أقول لقائل أن يقول انما يقضى الى الربا لجعل المصالح عليه وهو خمسمائة عوضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يابو به من بعض المدعى وهو الخمسمائة بناء أن الديون تقضى بأمنها لا بأعيانها فلا افضاء الى الربا بقا بالهم حملوا الصلح في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على انه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض

قال (وكل شيء وقع عليه الصلح) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه (بعقد المداينة لم يحمل) الصلح (على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي) وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك حلا لامر المسلم على الصلح (يكن له على آخر ألف درهم) جيات حالة من ثمن متاع باعه (فصالحه على خمسمائة) ولكن له على آخر ألف درهم جيات فصالحه على خمسمائة ز يوف فانه يجوز لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى ولللبعض والصفة في الثانية ولو صالح عنها على ألف مؤجلة صح) ويحمل على التأخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في جعله معاوضة بيع الدراهم بعلمها انسيئة وهو ربا فان لم يمكن حمله على اسقاط الباقي كما اذا صالح عنها على دين مؤجلة بطل الصلح لان الدين غير مستحق بعقد المداينة

فيحصل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في العيون في مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسبة فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فإنه لا يمكن جملة على الاسقاط (لان المجلد) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء واستيفاء بعض حقه وهو (خبر من التسيئة) لا محالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة (التجمل) في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فنهاه عن ذلك ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهذا الان حرمه بالانكسار لست الان شبيهة بمبادلة المال بالاجل حقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز ولو كانت بالعكس جاز) والامسح أن المستوفى اذا كان أدون من حقه فهو اسقاط كما في العكس وإن كان (٤٣) أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لان الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء

(فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فان قل اذا كان حقه ألف درهم نهرجة فصالحه على ألف درهم ٣ بخية نقدية المال فهو أجود من النهرجة وجاز الصلح وزيادة موجودة أجاب بقوله (ويختلف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القيس في المجلس) وحاصله أن الجوده اذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالسنة الاولى فانها اقرب لثمة الخمسمائة من السود وهو ربا وما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردى فيه سواء عدا بيد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صح لانه أمكن جعله اسقاطا

فحملناه على التأخير (ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجوز) لان الدنانير غير مستحقة بعد قد المداينة فلا يمكن جملة على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسبة لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز) لان المجلد خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز) لان البيض غير مستحقة بعد قد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الائمة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصح بالعقد ولان معنى الاسقاط فيه الزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك ترى من الفضل ففعل فهو يرى فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه) لانه ابراء مطلق

في المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل في الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك ترى من الفضل ففعل فهو يرى) قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو يرى في الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو يرى من الباقي انتهى (أقول) لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف بأبي المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه أولا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بأنه لا شك ان البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة اليه غدا متحققة أولا وان لم تحقق البراءة المقطوعة الا بأداء ذلك اليه غدا ففيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح أن يقال عاد اليه الالف فطر الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد خرج ملكه ورجاء وقوفه على أداء نصفه الاخر اليه غدا فاذ لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فما لا نقبله

للدنانير كلها والدراهم الائمة (ان كانت حالة واسقاطا لذلك وتأجيلا للباقي) ان كانت مؤجلة (تصح بالعقد الفطرة أولان معنى الاسقاط فيه الزم) لان معنى الصلح على الخطية والخط ههنا أكثر فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك ترى من الفضل ففعل فهو يرى قيل معناه فقبل فهو يرى في الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو يرى من الباقي فان لم يدفع اليه غدا عاد الالف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيد

(قوله فيحصل على التأخير) أقول بالنصب (قوله كما في العكس) أقول ناظر الى قوله ولو كانت بالعكس (قوله ففعل فهو يرى) قيل معناه فقبل الخ (أقول) فالفعل مجاز عن التزامه في الدين (قوله ويجوز أن يكون معناه الى قوله عاد الالف) أقول فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الا ان مقتضى كلمة عاد هو المعنى الاول ويدل عليه ما سبقت ذكره في الفرق بين التعليق والتقييد بخية بتشددا لخاله والياء نسبة الى بنح أمير ضربه وانظر اللسان كتبه مصححه

ألا ترى أنه جعل أداء خمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن جري وجوده أي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي الابرار مطلقا وهو لا يعود كما إذا بدأ بالابراء بأن قال أبرأتك عن خمسمائة من الالف على أن تؤدي غدا خمسمائة ولها ما أن هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت بقواته أي عند فواته فإن انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء المشروط (٤٣) عندنا لكنه عندنا تنفائه فأت

لبقائه على العدم الأصلي وموضعه أصول الفقه وانما قلناه مقيد بالشرط لانه يبدأ بأداء خمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضا حذرا فلاسه أو نوسلا الى تجارة أربع فصلح أن يكون شرطان من حيث المعنى وكلمة على وإن كانت للمعاوضة لكن تحتل معنى الشرط لوجود معنى المقابل فيه فإن فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة فتحتل على الشرط تصحها لتصرفه وكأنه منه ما قول بموجب العلة أي سلمنا أنه لا يصح أن يكون مقيدا بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيدا بوجه آخر وهو الشرط (قوله وألانه متعارف) معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني أن حمل كلمة على على الشرط لا أحد معين أمالو وجود المقابلة ومعنيين أمالو وجود المقابلة وأمالا أن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون يحمل البعض مقيدا لأبراء الباقي والمعروف عرفا كالمشروط شرطافصار كالو قال إن لم تنقد غدا فلا صلح بيننا

ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه جري وجوده مجرى عدمه فبقي الابرار مطلقا فلا يعود كما إذا بدأ بالابراء ولها ما أن هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بقواته لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضا حذرا فلاسه أو نوسلا الى تجارة أربع منه وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابل فيه فيجعل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحها لتصرفه وألانه متعارف

الفطرة السليمة (قوله ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بكذا فالمعنى حيث ذكر أداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء انتهى فكأنه حمل الباء على الالتصاق فأخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية في شرحه والاداء لا يصلح عوضا لأن حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشيء لأن مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شيء في جانب الدائن والبراءة انما تستفاد في جانب المدين وحسد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله وألانه متعارف) قال صاحب العناية قوله وألانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني أن حمل كلمة على على الشرط لا أحد معين أمالو وجود المقابلة وأمالا أن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف (أقول) فيه نظر لأن المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرها ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يحنى أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للمجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجاوز نم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجاوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لجلها على المجاز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجاوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله وألانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحها لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فعنى كلام المصنف فحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصح تصريف العاقل أولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجاوز ويكون قوله تصحها لتصرفه وقوله وألانه متعارف بيانا للعلة

(قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء (قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء) أقول فيه شيء بل يستفاد به البراءة والظاهر لم يستفد بشيء ثم قوله والاداء مستحق عليه معناه في كل وقت (قوله جري وجوده أي وجود جعل الاداء الخ) أقول الاولى أن يقال المراد بوجوده لفظا (قوله يعني أن حمل كلمة على الى قوله متعارف) أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الاول والا قرب أن يجعل عطا على قوله تصحها لتصرفه

(قوله والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مشبه أن يقول لغريم أو كفيل اذا أدبت أو متني أدبت أو أن أدبت الى خمسة فانت ترى من الباقي باطل بالاتفاق والتقييد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انهم ما متغيران لفظا ومعنى أما لفظا فهو ان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان في التقييد به الحكم ثابت في الحال على عريضة ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بمرضية ان ثبت عند وجود الشرط والفقهاء في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط والتعليق أما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعتاق والعفو عن (٤٤) القصاص وأما الثاني فلانه يرتد بالرد كما في سائر التليكات وتعليق الاسقاط المحض

جائز كتعليق الطلاق والعتاق بالشرط وتعليق التملك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار المحرام والابراء شبهة جهاف فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التملك وذلك اذا كان بحسب الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما (قوله كما في الحوالة) متعلق بقوله يفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فلان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفسلا عاد الدين الى ذمة المحيل وقوله (وستخرج البسادة بالابراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف

والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كافي الحوالة وستخرج البسادة بالابراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صاحبك من الالف على خمسة فانت تدفعها الى غدا وأنت ترى من الفصل على انك ان لم تدفعها الى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه أن الامر على ما قال لانه أقي بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال أبرأتك من خمسة المراجعة للحمل على الجواز وجهين فينتظم اللفظ والمعنى (قوله والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كافي الحوالة) قال صاحب العناية قوله كافي الحوالة متعلق بقوله يفوت بفواته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفسلا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى (أقول) لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله يفوت بفواته مع تحقق الحمل الكثرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المجال الواضح لعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كافي الحوالة يعني ان البراءة بما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء بما يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفسلا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب الى كون قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله يفوت بفواته سوى صاحب العناية والعجب منه ان ما صوره من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يناسب خلاف ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة اعيا يناسب كون قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله والابراء بما يتقيد بالشرط وانما يساعد ما ذهب اليه أن يقال يعني أن الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لخصه تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعليق قوله كافي الحوالة بذمة الدين أصله تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجوه) قال صاحب النهاية أي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الابراء بأداء بعض الدين لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أولا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقا الباقي على المدينون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالابراء أولا فان بدأ بالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو

كما اذا بدأ بالابراء واذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه الباقية قال صاحب النهاية في حصر الوجوه اما على خمسة أن رب الدين في تعليق الابراء بأداء البعض لا يخلو اما أن يبدأ بالأداء أولا فان بدأ به فلا يخلو اما أن يذكر معه بقا الباقي على المدينون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يبدأ بالأداء فلا يخلو اما أن يبدأ بالابراء أولا فان بدأ بالوجه الثالث وان لم يبدأ بالابراء فلا يخلو

(قوله وان ذكره فهو الوجه الثاني) أقول فان قل لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة فلا معنى لعله قسم ما بدئ فيه بالأداء قلنا ذلك مبني على اتحاد مع ما بدئ فيه بالأداء حكما فليست

اما ان يدأ بحرف الشرط أولا فان لم يبدأ أقالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس اما الوجه الاول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر عما تقدم
والثالث وهو الموعد باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أولا لا يزال بالشك (٤٥) فاذا قدم الابرأ حصل مطلقا

ثم بد كر ما بعده وقع الشك
لانه ان كان عوضا فيه - و
باطل لما تقدم فلم يزل به
الاطلاق وان كان شرطا
بقيدته وزال الاطلاق فاذا
وقع الشك يبطل به الثابت
أولا وفي عكسها عكس ذلك
والرابع وجهه انه اذا لم
يؤقت الاداء وقتنا ظهر أن
أداء البعض لم يكن لغرض
لكونه واجبا في مطلق
الازمان فلا يصح ان يكون
في معنى الشرط ليحصل به
التقييد فلم يبق الاجتهاد
العوض وهو - وغ - ير صالح
لذلك كما تقدم والخامس
تعليل وقد تقدم ان الابرأ
لا يجتمع له فلا يكون صحيحا
(ومن قال لا خرا لأقرأت
بمالك على حتى تؤخره
عني أو تحط عني بعضه
ففع - أي أخر أو حط
(جاز عليه) أي نفذ هذا
التصرف على رب الدين فلا
يمكن من المطالبة في
الحال ان أخر أو أباد ان حط
(لانه ليس بمكره) لتكمه
من اقامة البينة أو التحليف
لا يقال هو مضطر فيه لانه
ان لم يفعل لم يقر لان تصرف
المضطر كصرف غير مضطر
من باع عينا بطعام يأكله
لجوع قد اضطر به كان
يبعها فاذا (ومعنى المسئلة

من الألف على أن تعطى الخمسمائة غدا والابرأ فيه واقع أعطى الخمسمائة أولم يعط لانه أطلق الابرأ
أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوق وقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد
به بخلاف ما اذا بدأ بالاداء الخمسمائة لان الابرأ حصل مقر ونابه فن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا
ومن حيث انه يصلح شرطا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال أدالي
خمسائة على أنك ترى من الفضل ولم يؤقت للاداء وقتنا وجوبه انه يصح الابرأ ولا يعود الدين لان
هذا الابرأ مطلق لانه لم يؤقت للاداء وقتنا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق
الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض
صحيح والخامس اذا قال ان أدبت الى خمسائة أو قال اذا أدبت أو متى أدبت فالجواب فيه انه لا يصح
الابرأ لانه عاقبه بالشرط صريحا وتعليق البرأت بالشرط باطل لما فيها من معنى التملك حتى يرتد
بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به قال (ومن قال لا خرا لأقرأت
بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففع - لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا ما اذا
قال علانية يؤخره

اما ان بدأ بحرف الشرط أم لا فان لم يبدأ أقالوجه الرابع وان بدأ فهو الخامس انتهى كلامه وهكذا
ذكر وجوه الحصر في العناية أيضا تفلا عن صاحب النهاية (أقول) فيه اشكال أما أولا فلا نه جعل الوجه
الثاني قسمين مما بدأ بالاداء مع انه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصالحة وأما ثانيا فلا نه جعل الوجه
الرابع قسمين مما بدأ بالاداء مع انه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما ما ينوع
عناية أما عن الاول فبان يقال ان البسدة في الوجه الثاني وان لم يكن بالاداء صورة الا انه كان به معنى
لان حاصل معناه أدالي غدا خمسائة من الألف وأنت ترى من الفضل على انك ان لم تدفعها الى غدا
فالألف عليك على حاله فالمراد بان بدأ بالاداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتاز عن سائر وجوهها
ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتاز به عن سائر الوجوه وأما المصالحة فأنها
ذكرت فيه لمجرد التفصيل والايضاح وأما عن الثاني فبان يقال ليس المراد بالبسدة بالاداء في وجه
الحصر البسدة بالاداء المطلق بل المراد به البسدة بالاداء المؤقت ولا يخفى انه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء
المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الاشكال الاول بوجه
آخر حيث قال فان قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لبعده قسمين مما بدأ فيه
بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاد مع بدئي فيه بالاداء حكما فليتأمل انتهى (أقول) ليس هذا
الجواب بشئ لان اتحاد مع ما بدئي فيه بالاداء حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئي فيه بالاداء
الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئي فيه
بالاداء بناء على اتحاد مع ما بدئي فيه بالاداء وهو الوجه الاول لجاز جعله ل ما لم يذكر معه بقاء
الباقى على المسدود صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكرناه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا فلم
يظهر وجه جعل الوجه الاول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما اذا بدأ بالاداء خمسائة
لان الابرأ حصل مقر ونابه فن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا
فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا) أقول فيه بحث لان هذا وان أفاد الفرق بين الوجهين الا انه

اذا قال ذلك سرا ما اذا قال علانية يؤخذ المقر (بجميع المال) في الحال

(قوله فان لم يبدأ أقالوجه الرابع) أقول فيه بحث لان الوجه الرابع مما بدئي فيه بالاداء فكيف يجعل قسمين مما بدأ به لا يقال جعله
قسمين بناء على انه لا يتغير الجواب اذا لم يبدأ به بل بدئ بالابرأ لان الوجه الثاني أيضا كذلك كما يظهر من جامع الترمذي والله أعلم

فصل في الدين المشترك أخر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لان المركب يتلوا المفرد قال (واذا كان الدين بين الشريرين كان الدين بين الشريرين فمالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريريك بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريرين لأن يضمّن له شريكه ربع الدين فانه لا خيار لشريريك في اتباع الغريم أو شريكه القابض وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيئا فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرهما لان الدين ازداد خيرا بالقبض انما عليه الدين باعتبار عاقبة القبض وهذا الزيادة ترجع الى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمره وله حق المشاركة في ذلك فان قبض لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريرين التصرف في الولد والثمره بغير إذن الآخر أجاب بقوله لكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشريرين مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض

فصل في الدين المشترك قال (واذا كان الدين بين شريرين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريريك بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريرين لأن يضمّن له شريكه ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض انما عليه الدين باعتبار عاقبة القبض وهذا الزيادة ترجع الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمره وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

حق المشاركة في ذلك فان قبض لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريرين التصرف في الولد والثمره بغير إذن الآخر أجاب بقوله لكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشريرين مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض

ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد البراءة بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به أولا هنالك كما ثبت اطلاقه أولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان أخذ التقييد هنالك فاعيا يؤخذ من مقارنة البراءة بالاداء واذا كان الاداء مترددا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هنالك من قبلهم ما يكون البراءة مقيدة بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليتأمل في التوفيق

فصل في الدين المشترك (قوله بنصفه) أقول يعني بنصف الدين (قوله الا أن يضمّن له شريكه ربع الدين) فانه لا خيار لشريريك (الح) أقول إشارة الى أن الاستثناء من قوله فشريريك بالخيار قال صاحب النهاية والاتقاني الاستثناء من قوله فشريريك بالخيار اه والظاهر من تقرير الكافي انه استثناء من قوله ان شاء أخذ منه نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريرين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريريك بالخيار ان شاء أخذ

فصل في الدين المشترك أخر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلوا المفرد (قوله) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض قال في النهاية وأما اذا أخذ بمقابلة نصيبه ثوبا ليس لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى (أقول) فلقاتل أن يقول اذا كان قبض أحد الشريرين في الدين شيئا من الدين بخلاف أخذ أحدهما ثوبا بمقابلة نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسألة ما إذا قبض أحد الشريرين في الدين شيئا من الدين وبين مسألة الكتاب فلم يظهر لحمل الاولى أصلا للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن واتخاذ يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضا في المسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمره حقيقة لا حقها انتهى (أقول) بل الحق اتمام لفظ الحق لان الضمير في له عائد الى صاحب الشريرين القابض في الدين المشترك لا الى أحد الشريرين في كل شيء وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والامانة تصرف القابض فيه قبل المشاركة وانما له حق المشاركة فيه فلأسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كافي الولد والثمره فأقم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

لانه نصف الثوب الا أن يضمّن له شريكه ربع الدين وان شاء اتبع غريمه بنصف الدين اه فتأمل في الترجيح وفي الكفاية استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشريرين اذا ضمّن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية الشركة في الثوب ويجوز انه يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشريرين اذا ضمّن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن أن يكون من قوله فشريريك بالخيار الا اذا ضمّن له شريكه ربع الدين فحينئذ لا يبقى له الخيار البتة اه قال المصنف (وله حق المشاركة) أقول الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثمره حقيقة لا حقها

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كثن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وعن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مشترك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان عبيدين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمس مائة وباع الآخر نصيبه منه بخمس مائة وكتب عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا آخر أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهم بالتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله إذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يراد على هذا ويقال إذا كان صفقة (٤٧) واحدة بشرط أن يتساوى باقي قدر الثمن وصفته لأنهما لو باعا

صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا آخر أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفريق الصفقة بدليل أن للشري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخمسة ونصيب الآخر خمسمائة سسودلم يكن إلا آخر أن يشاركه فيما قبضه لأن بالتسمية تفرقت وتعين نصيب أحدهما عن الآخر وصفا وأصل المصنف انما ترك ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقة ولما فرغ من بيان الأصل قال (إذا عرفنا هذا) ونزل عليه مسئلة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كثن المبيع إذا كان صفقة واحدة وعن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المشترك المشترك إذا عرفناه ذلك في مسئلة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمه ربع الدين) لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كذلك لأن مبني البيع على المما كسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الأغراض والخطيئة فلو ألزمناه دفع ربع الدين بتضرره فيختير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه قال الشراح فاطبة هذا استدراك جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن يرد عليه أنه وإن تم جوابا عن ذلك السؤال إلا أنه منافي لما تقررا أنهما من أن صاحبه حق المشاركة في المقبوض لأنه لما قال في تعليله لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لأنه علم منه أن ما قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بأن قال لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تنص وحق الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذ النصف دلالة على إجازة العدة فصح ذلك وإجازة ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلا من حقه مما عالا من حق

لما قلنا من الأصل ثم يرجعان الباقي على الغريم لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقائه الباقي على ما كان من الشركة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما نصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمه ربع الدين وليس للشريك مخيرا بين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين مالزمه بشرائه الثوب وما كان له على الغريم كالأى من غير خطيئة وأغراض لأن مبني البيع على المما كسة ومثله لا يتوهم فيه الأغراض والخطيئة بخلاف الصلح لأن مبناه على ذلك فلو ألزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة تضرر فيختير القابض كما ذكرنا من قوله إلا أن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده فإن قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان يبيع دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض

أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) يعني ان الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذا البيع يقتضى ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاتنا في ذلك لان النقود عينا كانت اودينا لاتعني في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا يعتبر بها او اما الصلح فليس يلزم به ذمة المصالح شئ تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان الشريك بسبيل من المشاركة فيه (والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) لئلا يقلب ماله عليه فانه خلف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشاركه القابض) في الفصول الثلاثة (لانه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم)

(قوله أجاب بقوله والاستيفاء الخ) أقول فيه تأمل

والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمة باقي لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشاركه القابض لانه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين غنمه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده بيع بعض دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك في المقبوض فكيف تقولون لاسبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذا البيع يقتضى ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لاتنا في ذلك لان النقود عينا كانت اودينا لاتعني في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانهم الزمت في ضمن المعاقدة فلا يعتبر بها انتهم (أقول) في تعذر قول صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تتحقق المقاصة لزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلاته وهم القسمة قبل القبض أصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لا احتياج عندى ههنا الى التثبت بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المتذكروا أصلا لانه ان لم يكن للشريك السالك سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لاسبيل لاحد الشريكين على شئ مما استوفاه الاخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والتوهم ههنا مطلق فحقه الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى أن يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لاننا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لا يضمه ربع الدين وقد تقرر أن له أن يضمه ذلك فالسالك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمة باقي لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا مخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذا المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال الاصل هنا أن الدين المشترك الذي ثبت بسبب واحد للشريكين اذا قبض أحدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لا لأوجه لانه من نصيب أحدهما الكنا قد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال

كما اذا مات المحال عليه مفسداً فان المحتال يرجع على المحيل لذلك واذا كان على أحد الشريرين دين الغريم قبل الدين المشترك فأقر بذلك لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض بناء على ان آخر الدين قضاء عن أولهما اذا العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام) حتى لو كان لهما على المدينين عشرة ودرهما فأبرأ أحد الشريرين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة والساكنة بالعشرة (ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلا فلهما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف بخلاف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه أبرأه مؤقتاً بالبراء المطلق وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض واقتضى أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا فان يتميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه ان تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كَمَا يوجب (٤٩) فيما يستحيل ذلك فيه فغنى قوله

لا امتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير لا امتياز فان قيل فقسمة يجوز أبرأ أحدهما عن نصيبه وذكر الأبراء بوجوب التمييز بكون بعضه مطلوباً وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك أجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الأبراء بوجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة أمراً وجوباً يلزم ما ذكرتم وانما هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عدني فلان سلم أنها تقتضي وجود النصيبين لا ناقول القسمة افراز أحد

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما ماعيناً منه واشترى من فاسداً أو هلك في يده فهو قبض والاستتجار بنصيبه قبض

كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تتميز بالحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولأن القسمة فيها معنى التاميل لأن كل واحد من المقسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضاً عما له في يد الآخر وتلك الدين لغريم في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعاً فكان اشتریکاً أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف أنه لا يشاركه لثلاثة أوجه ما عليه فانه خلف باطل (أقول) فيه نظراً لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلاً بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوماً وبطلاناً (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لأنه قاض بنصيبه لا مقتض) أقول فيه شيء وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وهذا لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبهه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضاً (قوله ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذه المقام وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر باتصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز

(٧ - تكمله سابع)

النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشارك فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشرية من لوازمه والاعتبار للوضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما ماعيناً منه واشترى من فاسداً أو هلك في يده فهو قبض) لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدين فيصير قضاء للآخر وكذا إذا استأجر من الغريم نصيبه داراً أو سكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضياً نصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجهه لأن ما عدا منافع البضغ من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها

(قوله والجواب عنه ان تأخير البعض فيه الخ) أقول اختياراً للشق الثاني ثم الضمير في قوله فيه راجع إلى الدين (قوله فان قيل فقد يجوز أبرأ أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الأبراء عن نصيبه يستلزم تغير الدين في ذمته قبل الأبراء والافكيف تعلق الأبراء بنصيبه خاصة فليست أملاً في جوابه (قوله أجيب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول ولو أجيب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الأبراء لم يمتحج إلى ذلك التطويل (قوله لزم ما ذكرتم) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلان سلم أنها الخ) أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه

(وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف) وصورته ما اذا رمي النار على ثوب المديون فأحرقه وهو يساوي نصيب المحرق وأما اذا أخذ
 الثوب ثم أحرقه فان للشريك السانك أن يتبع المحرق بالاجماع لمحمد رحمه الله ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالنصب
 والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا لابي يوسف رحمه الله أنه متلف نصيبه بما صنع لا قابض لان الاحراق
 اتلاف فكان هذا نظير الجناية (٥٠) فانه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن الا خزان

يرجع عليه بشئ فكذا اذا
 جنى بالاحراق واذا تزوج
 بنصيبه من الدين لم يرجع
 عليه الشريك في ظاهر
 الرواية لانه لم يقبض من
 حصته شأ مضمونا يقبل
 الشركة فانه عاك به البضع
 وانه ليس بمال متقوم ولا
 مضمون على أحد فكان
 كالجناية وروى بشر عن
 أبي يوسف أنه يرجع لأن
 التزوج وان كان بالنصيب
 لفظافه هو بمثله معنى فيكون
 دين المهر الواجب للمرأة
 آخر الدينين فيه يرقضاء
 الاول فيتحقق القضاء
 والاقضاء والصلح على
 نصيبه بجناية العمد
 اتلاف كالتزوج به لانه لم
 يقبض شأ قابلا للشركة
 بل أتلف نصيبه قبل وانما
 قيد بقوله عمد الا انه في الخطا
 يرجع عليه وأطلق في
 الايضاح فقال ولو شججه
 موضحة فصالحه على حصته
 لم يلزم الشريك شئ لان
 الصلح عن الموضحة بمنزلة
 النكاح وأرى انه قيده
 بذلك لان الارش قد يلزم
 العاقلة فلم يكن مقتضيا
 لشي قال (واذا كان السلم

وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا
 الصلح عليه من جنابة العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس
 المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله

بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا فان تميز
 بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لا امتياز أحد النصيبين عن الآخر
 بكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كرماء وجهه فيما يستحيل ذلك فيه معني
 قوله لا امتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد جوزوا ابراء أحدهما عن نصيبه وذكر
 الابرأه يوجب التمييز يكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك وأجيب بأن القسمة
 تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة ابراء بموجب فلا قسمة الى هنا كلامه (أقول) في الجواب
 الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة ابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني
 لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بأن ذكر ما يوجب التمييز يتحقق في صورة ابراء أيضا فلو
 استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزامها في صورة ابراء أيضا وأما عدم
 تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود
 النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن
 بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لافي صورة ابراء ولا في صورة التأخير كيف ولو أمكن القسمة في
 الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لافي صورة ابراء ولا في
 صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه عن جنابة العمد) قال في النهاية
 ومعرراج الدرابة قبل انما قيد بجناية العمد لان في جنابة الخطا يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا
 فقال ولو شج الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه شريك شئ لان الصلح عن الموضحة
 بمنزلة النكاح انتهى وقال في العناية بعد ذكر ما فيها وأرى أنه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم
 يكن مقتضيا لشي انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجي
 انتهى (أقول) هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجبي في
 كتاب الديان ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جنابة العمد وانما امر اد صاحب العناية ههنا ان الارش
 قد يلزم العاقلة بجناية الخطا ثم يصلح عنه على مال أعطاه الخاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الخاني
 من الدين المستترك لم يكن الخاني المصالح مقتضيا لشي اذا الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضاه بل قد يلزم
 العاقلة فأي ما أراد مما أورده ذلك الراد ثم أقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولا فلان
 القاتل يدخل مع العاقلة عندنا فيكون فيما يؤدي كأحد هدم على ما يجبي في كتاب المعاقلة فلم يتم قوله
 فلم يكن مقتضيا لشي اذ قد كان مقتضيا قدر ما يلزمه أن يؤديه مع العاقلة وأما ثانيا فلان ما ذكره
 انما يقتضي اطلاق الجناية لا تقيدها بالعمد فان المصالح اذ لم يكن مقتضيا لشي لم يلزم أن لا يرجع شريكه

بين شريكين الخ) اذا سلم - لان رجلا في كحظة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من
 رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازه الاخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال
 مشتركا بينهما ما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يحجزه فالصلح باطل

(قوله فيحقق القضاء والاقتضاء) أقول أي القضاء من المرأة والاقتضاء من الرجل (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان
 العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجي

وقال أبو يوسف جازا اعتبارا بسائر الديون فان أحد الدائنين اذا صالح المدين عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مختارا بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المدينون بنصيبه كذلك ههنا (وعا اذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه) بجماع ان هذا الصلح اقالة وفتح لعقد السلم ولا يحنيفة ومحمد وجهان أحدهما انه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر بالا تميز ولا تميز بالا بقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه وقوله بخلاف شراء العينين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فان اذا اخذ ترافقه الشق الاول من الترديد لم يلزم المحذور والمذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعني ان المسلم لم فيه في ذمة المسلم اليه انما صار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لأن الصفة واحدة وهي (٥١) مشتركة بينهما واذا اشار كه فيه

يرجع المصالح على من عليه
بالقدر الذي قبضه الشريك
حيث لم يسلم له ذلك القدر
وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد
بعد سقوطه واعترض
بان هذا المعنى موجود في
الدين المشترك اذا استوفى
أحدهما نصفه فاذا اشار كه
صاحبه في النصف يرجع
المصالح بذلك على الغريم
وفيه عود الدين بعد سقوطه
وأجيب بأنه أخذ بدل الدين
وأخذه يؤذن بتقرير
المبدل لا بسقوطه بل
بتقاصن ويثبت لكل واحد
منهما دين في ذمة صاحبه
لأن الديون تقضى بأمتثالها
وفي السلم لم يكون فسحا
والمفسوخ لا يعود بدون
تجديد السبب (قالوا) أي
التأخرون من مشايختنا (هذا)
الاختلاف بين علمائنا

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وعا اذا اشترى عبدا فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا اشار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا اخطأ رأس المال فان لم يكونا قد اخطأ فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

عليه كما في الصلح عن جنابة المدفلم يظهر للتقييد وجه فلي تأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فاما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تظهر بالا تميز ولا تميز بالا بقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من اجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جار فيهما بعينه كالألما يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف وأما ثانيا فلان قسمة الدين في الذمة انما لا يجوز اذا كانت قصدا وأما اذا كانت ضمنا فنقبوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي الشق الاول من الترديد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (قوله ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا اشار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا اشار كه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصن ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لأن الديون تقضى بأمتثالها وفي السلم يكون فسحا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترض

انما هو (اذا اخطأ رأس المال) وعقد عقد السلم وأما اذا لم يخطأ فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضا وهو لا نظر والى الوجه الاول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطا أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهو لا نظر والى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شر كتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في ان اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الاطلاق ان محمدًا ذكر الاختلاف في السبوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد قطن بعضهم أن ترك ذلك لاجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لأن الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلط أو لم يخطأ

(قوله يرجع المصالح الخ) أقول اطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح (قوله وقيل وليس بسديد) أقول الغائل هو انما يرى نقله عن الاوضح

فصل في التخرج في التخرج تفاعل من الخروج وهو أن يصطلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بآمال معلوم ووجه تأخير هذه وقوعه فإنه قلما يرضى أحدان يخرج من البين بغير استيفاء حقه وسببه طلب التخرج من الورثة ذلك عند رضاء غيره وله شروط تد كرفي أثناء الكلام وتصوير المسئلة ذكرناه في مختصر الضوء والرسالة قال (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم الخ) وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بآمال أعطوه إياه حال كون التركة عقارا أو عروضا جاز قل ما أعطوه أو أكثر وقيد بذلك لأنها لو كانت من النقود كان هناك شرط سند كره وهذا لأنه لا يمكن تصحيحه بغيره والبيع يصح بالقليل والكثير من الثمن ولا يصح جعله إبراء لان الإبراء من الاعيان غير المضمونة لا يصح (٥٢) فان قيل لو كان بيع الشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهاته تفقد

البيع أجيب بأن الجهالة المفضية الى النزاع تفقد البيع لا متناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهو هذا الاحتياج الى تسليم فلا يفتى الى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئا واشتراه من المقر له جاز وان لم يعلم مقدار له وفي جواز التخرج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عن حدثه عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وعشرين ألفا على أن أخرجهما من الميراث وهي غامضة فاختلفت الصحابة في ميراثهما ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فخطها ربع الثمن جز من اثنين وثلاثين جزا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزا

فصل في التخرج (وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بآمال أعطوه إياه والتركة عقارا أو عروضا جاز فلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا) لأنه أمكن تصحيحه بغيره فيه أثر عثمان فإنه صالح غامض الاشجعية أمر أمة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار أن يعود ويقول هذا المعنى موجودا أيضا فيما إذا اشتريا بآمال أحدهما في نصيبه والفرق للذكور في الجواب المزبور ولا يمتشي فيه لان الإقالة فسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعاً فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جاز لشاركه في المقبوض في صورة الإقالة في العين بناء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه فلم يوجب جد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل وتفقد

فصل في التخرج في التخرج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشئ معلوم وانما أخره لوقوعه اذ قلما يرضى أحدان يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح غامض الاشجعية أمر أمة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار) قال في غاية البيان والاصل في جواز التخرج ما روى محمد بن الحسن في الأصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وعشرين ألفا على أن أخرجهما من الميراث وقال محمد أيضا حديثاً أبو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس أنه قال بتخارج أهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشاهد عن عمرو بن دينار أن إحدى نساء عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وعشرين ألفا على أن أخرجهما من الميراث وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين الأسدي في شرح الكافي لفظ الكافي كما فيه من غير تغيير إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال وهي غامضة كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فخطها ربع الثمن جز من اثنين وثلاثين جزا فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزا وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وعشرين ألفا وقد روى محمد ألف مطلقاً ولم يفسر أنهم ادراهم أو دنائير وذكروا ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكروا أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكروا الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار

وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وعشرين ألفاً ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وعشرين ألف دينار الى

فصل في التخرج (قوله ووجه تأخير هذه وقوعه) أقول ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت (قوله وقيد بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله حال كون التركة عقارا الخ (قوله صالحوها) أقول الصمير في قوله صالحوها راجع الى إحدى نساء (قوله وهي غامضة الى قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب) أقول هذا الكلام الى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وانما كتبت هذا لئلا يتوهم ان المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعل البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه

وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهابا وبالعكس جاز لا يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرعا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونه في يده يكتفي بذلك القبض أي القبض السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بأن يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما مناب الآخر أما اذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فأما اذا كان الذي في يده بقيتها مرقاة لا يدين بتجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهابا وفضة وغير ذلك فصالحوه على أحد التقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساويا لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الرأيا أما اذا كان مساويا فلزيادة العروض واذا كان أقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولا ففضة شبيهة ذلك فتعذر نصيبه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق البراءة أيضا للمسلم ولا يدين التقاض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم حالة التصديق أما اذا ادعت ميراث زوجها أو ذكر الورثة الرجعية فصالحوه على أقل من نصيبها (٥٣) من المهور والميراث جاز لان المدفوع اليها

حينئذ لقطع المنازعة ولاقتداء العيين وليس ذلك ربا ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا قل أو أكثر وجد التقاض في المجلس أولا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبديل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرعا للجنس الى خلافه كافي البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرعا قال (واذا كان في التركة دين على الناس الخ) واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا من مصالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا ما في الدين

قال (وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهابا أو كان ذهابا فأعطوه فضة فهو كذلك) لانه يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقاض في المجلس لانه صرف غير أن الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مضمرا لا يدين بتجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهابا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة) احتراز عن الرأيا ولا يدين التقاض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الرأيا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبديل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرعا للجنس الى خلاف الجنس كافي البيع لكن يشترط التقاض للصرف قال (واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تمليك الدين من عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يجعلوا قضاء نصيبه متبرعين الى هذا لفظ غاية البيان وهذا بسط ما ذكر في جملة الشرع وهو ما غلب أنه ذكر في سائر الشرع وأما ذكر في كتب الحديث ثلاثة وعشرين ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احتراز عن الرأيا) أما اذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض وكذلك

فلان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وأما في العين فلا اتحاد الصفة والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاط وتمليك الدين من عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يجعلوا قضاء نصيبه من الدين متبرعين

قال المصنف (واذا كان في التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكافي أي في الكل في العين والدين أما في الدين فليكونه ملك الدين من غير من عليه الدين وأما في العين فلا اتحاد الصفة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد فقضاء على أبي يوسف ومحمد فيما اذا أسلم خنطة في شعيرة أو زيت حيث قال لا يصح في حصة الزيت وينفذ في حصة الشعير وهذا أفسد الكل وهذا مما يحفظ وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة وأما عندهما بقي العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن يبيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحرو والقرن بثن واحد انتهى فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الاسلام خواهر زاده فليتامل ثم ان عبارة المصالح في قول المصنف على ان يضر حوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل

وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه وبالصالحوا عماء والدين
ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

وفي الوجهين ضرر ببقية
الورثة) أما في الوجه الاول
فلان بقية الورثة لا يمكنهم
الرجوع على الغرماء وفي
الوجه الثاني لزوم النقد
عليهم بمقابلة الدين الذي هو
نسبته والنقد خير من
التسبئة (والاوجه أن
يقرضوا المصالح مقدار
نصيبه وبالصالحوا عماء والدين
ويحيل الورثة على
استيفاء نصيبه من الغرماء
قال المصنف (وفي الوجهين
ضرر ببقية الورثة) أقول
قال في الكفاية لعدم
رجوعهم على الغرماء انتهى
هذا هو الحق لا ما في سائر
الشروح من لزوم النقد
بالتسبئة في الصورة الثانية
اذ لا نسبئة عند التباعد
فليتأمل (قوله وفي الوجه
الثاني لزوم النقد عليهم)
أقول فيه بحث

إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك
ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجوز بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين لزوم
الرجوع لا يصح تجوز بطريق الإبراء عن الباقي أيضا لان التركة عين والبراءة عن الاعيان باطل كذا في
الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجوز بذلك بطريق الإبراء عن الباقي
منظور فيه عندى لان الإبراء عن نفس الاعيان وإن كان باطلا إلا ان البراءة عن دعوى
الاعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجوز الصلح على الأقل أو التمثيل فيما نحن فيه
بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن فان قلت قدمر
في الكتاب أنه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في
الباقي وما نحن فيه تفسير تلك المسئلة فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قدمر أيضا
في الشروح هناك أن ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية وأما في ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر
في الذخيرة وفي فتاوى قاضيان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية
في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية أن الإبراء لا ينافي دعوى الإبراء
عن الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية
واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما أوردناه من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم أبو
الفضل انما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصديق وأما
حالة المناكرة فالصلح جائز لان حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة وبغدى به عينه فلا يمكن
الرجوع كذا في الذخيرة والتمتة ونقل عنهم في النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الاسييجاني
في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبها
من العين في حالة التصديق أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لانه لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه
استقاطا ثم قال الامام الاسييجاني والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعى
فيدخل فيه معنى الراب من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر
الدين قاضيان في فتاواه قال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من حصته من مال الربا في حالة
التصادق أما في حالة الجور والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك ان في حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا في
حق الاخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه (أقول) في الوجه الذي ذكره قاضيان إشكال لان عدم
كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا في حق الاخذ فنوع فان قلت انما
لا يكون المأخوذ بدلا في حق الاخذ أيضا لا مكان تصحيح هذا الصلح بدون الحل على المعاوضة بحمله على
أخذ عين الحق في قدر المأخوذ واستقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه
قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة والبراءة عن الاعيان باطل على ما صرحوا به فلو أمكن
تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بحمله على أخذ بعض الحق واستقاط بعضه الا آخر لا يمكن
تصحيحه في حالة التصديق أيضا ذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعاً وقد أجمعوا
على عدم امكان تصحيحه أصلا في حالة التصديق نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم لا يجوز تصحيح هذا
الصلح في الحالتين معاجله على البراءة من دعوى الباقي من اعيان التركة لانه نفس تلك الاعيان
والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم

ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكمل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا

رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح أما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم عقابا للدين الذي هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليستأمل انتهى (أقول) قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد يكون في نقده ونجميله بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي أن يأخذ عينه أو بدله في الآجل فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعا محتملا لكل واحدة من صورتي التبرع جعله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادرها ففسر بقية الورثة في الوجهين معا بعدم رجوعهم على الغرماء وجعلها أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاخس الضرر في الصورة الاولى ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم أن صدر الشريعة جعل هذا الوجه الثاني في شرح الوفاية على ما جعل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية ان بقية الورثة يؤدبون الى المصالح نصيبه نقدا ويحبل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشرح كتابه فاطبة وسائر المحققين كما صاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الاولى أن يشترطوا أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة لبقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لان حصته تصير لهم انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لبقية الورثة فان قيل اذ لم يبق للمصالح على الغرماء حق يسهل للغرماء أداءه حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصصة المصالح لا تصير لهم فقولنا لأن حصته تصير لهم محجة عليه لانه فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والابصاح زاد في الظهور نعمة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبرهم على النفع وقال في حاشيته فبذلك دخل صاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث عكس انتهى (أقول) فيه أيضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا يجبر عجزاً أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فان النفع فيه اسائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه الى سهولة أداء الغرماء حصص باقي الورثة فأين هذا من ذلك فالحق ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكمل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا في الذخيرة أيضا (أقول) فيه خلل لان نصيبه من ذلك اذا كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا اذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بمثابة بدل الصلح ويكون زيادة البديل بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب كما اذا كانت التركة فضة وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثابة الزيادة

ولولم يكن في التركة دين
وأعيانها غير معلومة
والصلح على المكمل
والموزون قيل لا يجوز
لاحتمال الربا وهو قول
الشيخ الامام ظهير الدين
المرغيناني بأن كان في
التركة مكمل أو موزون
ونصيبه من ذلك مثل بدل
الصلح أو أقل

يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكمل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكمل أو موزون أو غير ذلك (وقيل لا يجوز لكونه بيعاً) إذ لا يصح أن يكون إبراء (لان المصالح عنه عيب) والبراء عن العيب لا يجوز وإذا كان بيعاً كانت الجاهالة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لانها ليست بمفضضة الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة) فمأنة احتياج الى التسليم حتى يفضى الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجوز احتياجه الى ذلك وان كان على الميت دين فامان يكون مستغرفاً أو غيره ففي الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لان الوارث لم يملك التركة وفي الثاني لا ينبغي أن يصالحوا لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فلا يجوز وأما القسمة فقد قال الكرخي انها لا تجوز استحصاناً ونحو قياساً وجه الاستحصان أن الدين يمنع تحلك الوارث اذا ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا تجوز القسمة قبل قضائه

وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكمل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قبل لا يجوز لكونه بيعاً المصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لانها لا تنقض الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرفاً لا ينبغي أن يصالحوا لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فلا يجوز وذ كر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحصاناً ونحو قياساً

بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا فالحق في البيان ههنا أن يقال بأن كان في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر وقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لانه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو زني وبذل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لان ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا انتهى فانه اعتبر القسمة في جانب بدل الصلح لافي جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكان صاحب الكافي تنبيه أيضاً لما ذكرناه من الخلط فاكفى بذلك حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال أن يكون في التركة مكمل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا انتهى واتفق أثره صاحب معراج الدرابة ولكن الاوجه أن يزداد عليه قيداً أو أكثر كما ثبت عليه أنفلاً فيه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا يخفى (قوله وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل فم شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذه لا يلزم الربا بالبيان فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا ولكنه ساقط ههنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا أو أقل فلا يلزم الربا الا أنه على كل تقدير يلزم الربا فانهم يصدون ببيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد لا ترى الى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمال جانب الصحة قطعاً كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلاً عن شبهة شبهة نأمل تنق ثم اعلم أن صاحب الاصلاح والايضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولما قيل أن يقول حق الجواب التفصيل بأن يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يد ر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه (أقول) فيه نظراً ما أولاً ولان لا احتياج ههنا الى ما ذكره من التفصيل أصلاً لان الشقان الاولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالثلاثين المذكورين سابقاً على الاستقلال احدهما قوله وان كانت التركة قضية وذهباً وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو قضية الخ وأخرا عما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه اياه والتركه عقاراً وعروض جاز قليلاً كان ما أعطوه اياه أو كثيراً وأما ما يافلان التفصيل الذي ذكره لا يخالف عن احتمال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على لطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدراً من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعاً كما مر مفصلاً وممدلاً وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودنانير وكان بدل الصلح دراهم ودنانير

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض سمي بها

أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر أيضا مستوفى وأما بالنافلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور
 جدا إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة فإن عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن
 في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكبل والموزون قبل لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية
 وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركه جهلت على مكبل أو موزون
 اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث
 منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة عامة

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في
 أول الاقرار فلا يحتاج الى
 الاعادة (والمضاربة مشتقة
 من الضرب في الأرض
 ومعنى هذا العقد بها

كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في أول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الأرض إذا سار فيها
 قال الله تعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله يعني الذين يسافرون في الأرض للتجارة
 وسمى هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الأرض غالباً طلباً للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على
 الشراكة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحدو
 حذوه هي في الشريعة عبارة عن دفع المال إلى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطاً
 (أقول) فيه فتور إذا تظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل
 ذلك أو معه وركنها الإيجاب والقبول بألفاظ تدل على ما يدل أن يقول رب المال دفعت هذا البك
 مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال وأعمل به على أن ما رزق الله فهو بيننا على كذا
 ويقول المضارب قبلت أو ما يؤدي هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في أثناء المسائل قال في العناية
 وشروطها أنواع صحيحة وهي ما يبطل العقد بقواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحاً
 كما سيأتي ذكر ذلك ٨١ (أقول) فيه قصور لأن الشروط الفاسدة أيضاً نوع يفسد العقد
 أيضاً ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحاً نص عليه ههنا في النهاية وسيأتي التصريح به في الكتاب
 أيضاً وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها
 الإيداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما أشير إليه في المسوط والخزيرة والحففة وغيرهما على
 ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل
 أما أولاً فلا نحكمها عند الدفع هو الإيداع وإنما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كائن عليه
 في كثير من المعتبرات حتى المتون التي ترى إلى ما قال في الوقاية وهي إيداع أو لا وقيل عند عمله
 وشركة إن ربح وأما ثانياً فلا نعلم يذكر الإيداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضاً ثبت بها أولاً
 على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي والكفاية وحكمها أنواع إيداع ووكالة وشركة وإجارة
 وغصب (أقول) فيه أيضاً خلل لأن معنى الإجارة إنما يظهر إذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب إنما
 يتحقق إذا خالف المضارب فكان متعدداً كما سيأتي وكلا الأمرين ناقض لعقد المضاربة منافي لحكمها
 فكيف يصح أن تجعل الإجارة والغصب حكماً من أحكامها وحكم الشيء ما ثبت به والذي ثبت عننا فيه
 لا يثبت به قطعاً لا يقال إن الإجارة والغصب وإن لم يصلح أن يجعل أحكاماً للمضاربة الصحيحة إلا أنها ما
 يصلح أن يجعل أحكاماً للمضاربة الفاسدة فمن أدرجهما في أحكام المضاربة يريد أحكامها أحكام مطلق
 المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لانا نقول لا شك أن ما ذكره في قرائنها من ركنها وشروطها وغيرهما إنما
 يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففي أحكامها أيضاً لا بد أن يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم

لان المضارب يسير في الارض غالباً بالربح (قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطوا) ومشروعية الحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه وبين مهتدي التصرف صفر اليد أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعية انتظام مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة راجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وركن استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال أو عمل به على أن ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بقواته وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحاً كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقرهم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحر او ان لا ينزل به وادى لا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرر بالنبي صلى الله عليه وسلم أمر الغايبين من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير تكدير فكان اجماعاً قال (ثم المدفوع الى المضارب (٥٨) امانة في يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة في يده لانه قبضه

بأمر مالكة لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكة فاذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله وهو شائع في شركته واذا فسدت ظهرت الاجارة لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجرة على عمله فلهذا يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح

لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه وبين مهتدي في التصرف صفر اليد عنه فست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقرهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب أمانة في يده لانه قبضه بأمر مالكة لا على وجه البذل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكة واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراعاة الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بيانه من قبل

للمضاربة الفاسدة أضاف الى الاحكام فالغصب ليس من احكام المضاربة الفاسدة أيضاً لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضاً فيما سيجي أن يكون للعامل مثل أجر عمله ولا شك ان ليس للغاصب أجر فقط لكونه متعدياً فلا مجال لجعل الغصب من احكام المضاربة في شيء (قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً اه (أقول) ليس هذا بشيء لان الباع في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفة السبب مجرد الاتصال والافضاء الى السبب في الجملة لا التأثير فيه وانما التأثير وظيفته العلة وقد عرف ذلك

وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة فيما اذا ففسره المصنف بقوله ومراعاة الشركة في الربح لا في رأس المال مع الربح أي لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العدة باتفاقهم لان المضاربة عقد على الشركة ولا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضاً ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأفلو سار أئمة عند محمد وبما سواها لا تجوز وقد تقدم في كتاب الشركة

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مسامحة فان في الاصطلاح هي العقد المخصوص (قوله وركن استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول لعل المراد الالفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافي المضارب أمين أولاً لانه قبض المال باذن مالكة لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلاً وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعقد الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه بأمره حتى يرجع لما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى هذا يخالف ما في الشرح من أنه وكيل عند الدفع فليتامل

ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان عقد المضاربة يقبل الاضافة (٥٩) من حيث انه توكيل واجارة يعني انه

مشتل على التوكيل والاجارة بالراء والاجارة بالراى وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف السلك الجزئية فلا مانع من صحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعلم بالدين الذى في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع المالك في المشتري لا امر فيصير مضاربة بالعرض

كاه في الاصول فتختلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يحصل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعلم بالدين الذى في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع المالك في المشتري لا امر فيصير مضاربة بالعرض

كاه في الاصول فتختلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يحصل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعلم بالدين الذى في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع المالك في المشتري لا امر فيصير مضاربة بالعرض

كاه في الاصول فتختلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يحصل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلان يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالى على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعلم بالدين الذى في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لان عند أبي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع المالك في المشتري لا امر فيصير مضاربة بالعرض

(قوله لئلا يخالف السلك الجزئية) أقول قد سبق في كتاب الوكالة ان الأصل في المضاربة العموم وفي الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة السلك الجزئية (قوله) واذا لم يصح كان المشتري

للمشتري) أقول ولا يظهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم يصح المضاربة لان عدم صحة الجزئية مستلزم لعدم صحة السلك

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مباحا الخ) ومن شرط المضاربة أن يكون الربح بينهما مباحا ومعناه أن لا يستحق أحدهما دراهم من الربح مسماة لأن شرط ذلك ينافي الشركة المشرطة لجوازها والمنايا لشرط جواز الشيء منافع له وإذا ثبت أحد المتناهيين انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى (٦٠) العدم ثم فسر ذلك بقوله (فإن شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده

لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة وهذا) أي وجوب أجر المثل (لأنه) ع لرب المال بالعقد (النتيجه عن منافع عوضا ولم ينل فساد العقد) ولا بد من عوض منافع تلفت بالعقد (و) ليس ذلك في الربح (لكونه لرب المال لأنه غناه ملكه) فحين أجر المثل وهذا التعليل يوجب ذلك في كل موضع فسدت المضاربة (ولا تجاوز بالاجر القدر المشرط وعند أبي يوسف) قبل والمراد بالقدر المشرط ما وراء العشرة المشرطة لأن ذلك تغيير المشرع وكان وجوده كعدمه (وقال محمد يوجب بالغامبلغ) كما ينافي الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الأصل لأنه لا أجر وأجرة الاجير يجب بتسليم المنافع) كافي أجيرا للوحد فان في تسليم نفسه تسليم منافع (أو) بتسليم (العمل) كافي للاجير المشترك (وقد وجد) ذلك

(قوله ثم فسر ذلك بقوله فان شرط الخ) أقول فيه إشارة إلى أن الفاء تفسيرية (قوله والمراد بالقدر المشرط ما وراء العشرة) أقول في القاموس ورأيت ثلاثة أواخر مبنية والوراء هموز لا معتل ووهو الجوهرى

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مباحا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كافي عقد الشركة قال (فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) لفساده فلعمله لا يربح إلا هذا القدر فتقطع الشركة في الربح وهذا لأنه انتفى عن منافع عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنه غناه ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصع المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشرط وعند أبي يوسف خلافا لما حكى كافي في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الاجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد

أذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لأن عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اه (أقول) قد مر من أن حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فأنهم صرحوا بأن الوكالة تحكم من أحكام المضاربة مترتبة على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لأن تكون جزءا منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند أبي حنيفة من المصير إلى ما ذكره صاحب العناية والنهاية نعم أنهم ما قالوا أيضا بجزئية الوكالة من المضاربة فهم امرؤ ولكنهم ما أصابوا في ترك ذلك ههنا (قوله فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب عامة الشراح إلى أن هذا تفسير للسؤال المتقدمه والفاء في قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة أى على ما شرطنا كالنصف والثالث فله أى فالعامل (أقول) فيه نظر لأن هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسيراً للسؤال المتقدمه التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين أحدهما أن المسئلة الأولى أعم من المسئلة الثانية لأن اشتراط دراهم مسماة لأحدهما ينشئ في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدايع والخيرة وغيرهما منها أن شرط أن يكون لأحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر ومنها أن شرط لأحدهما نصف الربح أو ثلثه أو عشرة دراهم ومنها أن شرط لأحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة وفي كل ذلك نفى المضاربة بناء على أن كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لأنه ربما لا يربح إلا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فأنما ينشئ في صورة فالتنمين الصور المذكورة فكيف يكون الاخص مفسرا للعموم وثانيهما أن حكم المسئلة الأولى فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد المختلفين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندى أن الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة لا تغربح والمقصود بالسئلة الأولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لأحد المتعاقدين وبالثانية بيان أن حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكانت فائدة قال إذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط دراهم مسماة لأحدهما فاعلم أن حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر المثل للعامل لأنه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونه أهيا المذكورة في الجامع الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التي أخذها من الجامع الصغير أو من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة

المذكورة ويكون خلف وأمام ضد يؤنث انتهى فورا ههنا يعني القدام والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لأحدهما من الثلث والنصف إذا العشرة زدت على ما شرط من الشركة في الربح (قوله لأن ذلك تغيير المشرع) أقول أى شرط العشرة

(وعن أبي يوسف لا يجب) له شيء إذا لم يرج (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيم إذا لم يرج لا يستحق شيئاً (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى فان قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كافي البيع الفاسد أوجب بأن الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ابقاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحة (٦١) والثاني ان رأس المال عين استؤجر

المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كأجير الواحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا خزان العبن الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير الواحد أن يؤجر نفسه لمستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي جعفر الهندي وقليل المذكور ههنا قول أبي حنيفة وعندهما هو ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرر عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك لأنه أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد ولا يجير المشترك لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما قال الإمام الاستيعابي في شرح الكافي والأصح أنه لا ضمان على قول الكل لأنه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد

وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة ولأنه عين مستأجرة في يده

المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها) فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لأبي يوسف رحمه الله فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبداً من العقد الصحيح من جنسه كافي البيع الفاسد قلت جوابه هو ان الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ابقاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاه صاحب العناية الى المبسوط (أقول) مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الأحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر ما له الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده لكن الكلام في جعله -م اعتباراً بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فامل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال صحة التوكيل والاجارة معا وما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد فسادها فلا مخالفة بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرح به (قوله ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ عين مستأجرة يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الواحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سبل مفعم ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سبل مفعم عما نحن للفعل وأسند للفاعل إذا لمفعم اسم مفعول من أفعمت الاناء مملأته وقد أسند الى الفاعل لان السبل هو المائي لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستيفار قطعاً كما أنه ليس بفعل فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سبل مفعم أو هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقاً لانه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فحينئذ يجوز كما أشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث

المضارب همت أو فسدت أمانة لانه لما قصد أن يكون المال عنده مضاربة فقد قصد أن يكون أميناً له ولا يجهله أميناً ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي

(قوله تنعقد شركة لا اجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليتأمل (قوله والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سبل مفعم ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول في وجه الإشارة خلفاً لما بحثنا فليتأمل (قوله لأن العين الواحد الخ) أقول فيه تأمل

فقال (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرطاً أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها (فانه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشر وطمن الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصته (٢٣) العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويفسد الشرط كاشتراط الوضعية

على رب المال) أو علمها والوضعية اسم لجزءها لا من المال ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم يفسد المضاربة قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجي فيمكن تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد مع ما منع عن تحقيقه

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب

قال المستأجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمي العين مستأجر العمل للمضارب فيه ا ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعديل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث انه أجير لا يمكن له أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لا آخر وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعديل ذلك لان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لأجير الواحد أن يؤاجر نفسه مستأجرين في الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أريد بالعين الواحد في قولهم مالان العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلان سلم ان نفسه لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد لان الأجرة اذا كانت عقداً على العمل لأعلى المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجر الكثير من المستأجرين في وقت واحد كالقصار وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الاجير المشترك لا مكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجر الاكثر من واحد بخلاف أجير الواحد فان الأجرة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤاجر نفسه لا آخر في الوقت الواحد كما تقر في محله وان أريد بالعين الواحد في قولهم مال المزبور رأس المال فسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهم ما يعاملان به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد بل يران هذا المعنى في كل أجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لا امتناع وقوع شيء واحد في عملين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب) قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض عما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لان هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لانه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك الا أنه يحتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد وأما اذا كان شرطاً يمنع موجب العقد يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبته انتهى (أقول) هذا الجواب لا ينشئ العليل ولا يجدي طائلاً لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في القيام اذا المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجاً عن قسمي هذا الأصل فلا يتم في الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قبل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في

حصته العمل مجهولة فليتأمل (قوله والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فان هذا الكلام نفسه وان كان صحيحاً في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لان المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويفسد الشرط فليستدبر

قال (ولا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب الخ) لا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب ولا يدرب المال فيه بتصرف أو عمل لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه وبقائه غيره يمنع التخلص وأما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد لأنه يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقداً أو غير عاقداً كالصغير إذا دفع إليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز لأن يد المالك ثابتة له وبقائه غيره يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شرطي العنان إذا دفع (٦٣) المال مضاربة وشرط عمل صاحبه فسدت لقيام

ملكه وإن لم يكن عاقداً وإذا شرط العاقد الغير المالك عمله مع المضارب فإما أن يكون من أهل المضاربة في ذلك المال أو لا فإن كان الأول كالأب والوصي إذا دفع مال الصغير مضاربة وشرط العمل مع المضارب جازت لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة فكانا كالأجنبي فكان اشتراط العمل عليهما مجزئاً عن المال جائز وإن كان الثاني كالأذن بدفع المال مضاربة فسدت لأنه وإن لم يكن مالكا ولكن يد تصرفه ثابتة فتزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً عن صحة المضاربة والله أعلم قال (وإذا صححت المضاربة مطلقاً الخ) المراد بالطلاق ما لا يكون مقيداً بزمان ولا مكان نحو أن يقول دفعت إليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فيجوز للمضارب أن يبيع نقداً ونسيئةً ويشترى ما بدله من سائر

قال (ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يدرب المال فيه) لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يتخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقداً كالصغير لأن يد المالك ثابتة له وبقائه غيره يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شرطي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام المالك وإن لم يكن عاقداً واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالأذن بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذ مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما مجزئاً عن المال قال (وإذا صححت المضاربة مطلقاً جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع) لا إطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكل من صنيعهم وكذا الإيضاع والإيداع والمسافرة لا تترى أن المودع له أن يسافر بالمضارب أولى كيف وإن اللفظ دليل عليه لأنهم اشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض

نفسه بل يفسد المضاربة كما سيحكي فلم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس يصير وقوله بعد هذا بخلاف شرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه (أقول) مضمون هذا الجواب وإن لم يكن فاسداً في نفسه إلا أنه مفسد للمعنى المقام لأن معنى القسم الثاني من الأصل المذكور على ما صرح جوابه هو أن غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد أشار إليه المصنف بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب فإن الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف به صاحب العناية أيضاً حيث قال أولاً ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير إلى ذلك بأمر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة في الرجح الخ ولا شك أن المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله) وإذا صححت المضاربة مطلقاً جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هي ما بأن لا تكون مقيدة بزمان

التجارات لأن المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل إلا بالتجارة فالعقد باطل لأنه ينتظم جميع صنوفها ويصنع ما هو صنيع التجار لكونه مفضياً إلى المقصود فيؤكل ويبضع ويودع لأنهم من صنيعهم ويسافر لأن المسافرة أيضاً من صنيعهم وألفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه ان دفع إليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع إليه في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب إذا الإنسان لا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع فلما أعطاه عالم بقرته كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه فظاهر الرأية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني أنهم من صنيع التجار

(ولا يجوز لأضارب أن يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للكتاب والاعارة للستاجر والاعارة للستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فأنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البواقي سيجي في مواضعها بخلاف الايداع والابضاع لانهم لا يدونه في تضمين ما بخلاف الاقراض فانه لا يملك به وان قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة على القرض أما الدفع (٦٤) مضاربة والشركة والخلط عال نفسه فن صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول

يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل لهم اتعذرت جهة الجواز فينبغي أن يترجم على جهة العدم أجب بأن كلام من جهتي الجواز والعدم صالح للعلمية فلا يترجم غيرها بما كما عرف (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لانه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها وتوفر المأهول المقصود وهو الربح وليس له أن يضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره

على الهالكة من غير ضرورة وان دفع في غير بلد له أن يسافر الى بلد له لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التخصيص عليه أو التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه في تضمينه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فن صنيعهم وكذلك الشركة والخلط عال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيمتنع وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره

ولامكان (أقول) هذا تنصير منهم جدا لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما سبأني وقال بعض من السراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضا نوع تنصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضا مع أنها ليست مطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سبأني في الكتاب فالاولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع مال المضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله ان يشتري بها ما بدله من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للكتاب والاعارة للستاجر والاعارة للستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فأنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه (أقول) الظاهر ان قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظوفه لانه حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره يتضمن المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصورة المزبورة على الدليل

(قوله لان المضاربة تضمنت

الامانة أولا والوكالة ثانيا وليس للودع والوكيل الايداع والتوكيل) أقول بخلاف المأذون لان الثابت بالأذن المذكور فك الحجة من العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالكية الأصلية ولما كان كذلك كان ذلك الحجة عن التجارة منزلة اسقاط المالك عن العبد بالاعتاق لان فك الحجة عبارة عن اسقاطه ثم المعتقد يعتق عبده فكذلك المأذون بأذن عبده فلا يفتي عليه ما في تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البواقي سيجي في مواضعها) أقول أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحل بالجواب عن البواقي كما سيجي فليست أم (قوله أجب بأن كلام من جهتي الجواز صالح للعلمية فلا يترجم غيرها بما) أقول الاظهر فلا يترجم أحدهما بالآخرى (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول في تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم للسلعة أيضا فان السلعة متفاوتة بكون رغبة الناس الى بعضها أكثر

فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري ورجعه له لانه تصرف فيه بخلاف أمره) فصار غاصبا وان لم يشتر وورده الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج (واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء في يده (٦٥) بالعقد السابق وأما اذا اشترى

بعضه فيه وبعض آخر في غيره فهو ضمان لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضعته لتحقيق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة اذ ليس من ضرورة صيرورته ضامنا لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي وفيه نظر لان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها والجواب ان الجزء معتبر بالكل وتفریق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان وقد أشرنا الى اختلاف رواية الجامع الصغير والمبسوط قال المصنف (والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء يعني في الجامع الصغير (لا يتقرر لالاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجحر والولاية اليه

قال (فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف فيه بخلاف أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء فيها هو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفسه الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفسه الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لالاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجحر والولاية اليه

المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهو لا يتصرفون بحكم المالكية أما المأذون فلا ان الاذن فلا يجزئ به كذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية وأما المكاتب فلا نه صار حريدا وأما المستأجر والمستعير فلا نه مامل كما المنفعة (قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج اه (أقول) قوله انه رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء بخلاف ما حققه المصنف وغيره فيما ساقى من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير يتقرر والضمان لالاصل وجوبه وانما وجوبه بنفسه الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضا فالحق في الجواب أن يكتب بأن يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر وورده الى البلد الذي عينه ربح المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى أصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا موقوفا غير موقوف على شيء (قوله الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجحر والولاية اليه) قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال بيع بالنسيئة ولا تبع

(٩ - تسامه سابع) حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالجحر والولاية اليه) ونوقض بما لو قال على أن تباع بالنسيئة ولا تباع بالتقدي فباع بالتقدي ولم يعد مخالفا وجوابه مبني على أصل وهو أن العقد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك لغو والمفرد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكوت عنه فالاول كالخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم والثاني كصورة النقض فان البيع نقدا بشئ كان عن النسيئة خير ليس الا فكان التقييد مضرا وأما الثالث فكان النهي عن السوق فانه مفيد من وجهه من حيث ان (قوله وغيره) أقول أي غير المفيد (قوله كذلك لغو) أقول أي من كل وجه (قوله فان البيع نقدا بشئ كان عن النسيئة) أقول جملة كان صفة بشئ واسم كان ضمير راجع اليه وقوله عن النسيئة خبر كان

البلدان أما كن مختلفة حقيقة وهو ظاهر وحكما فإنه اذا شرط الحفظ على المودع في محله ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار أيضا باختلاف اما كنهه وغير مفيد من وجهه وهو أن المصريح بتأين أطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط الايقاف في السلم بأن يكون في مصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالتمهي لولاية الحجر ولا يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص وتقر بكتابه ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي به - هذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل وجعل ذلك ثمانية سبعة منها نفيد التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط لتمييز ما نفيد التخصيص عما لا يفيد هو (٦٦) ان رب المال اذا عقب لفظ المصاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلنا بما تقدم

جعل متعلقا به لئلا ينفو
وإذا أعقبه ما يصح الابتداء
به لم يجعل متعلقا بما تقدم
لانتفاء الضرورة وعلى
هذا إذا قال خذ هذا المال
على أن تعمل كذا أو في
مكان كذا أو قال خذ
تعمل به في الكوفة بحز وما
ومرفوعا وكلام المصنف
يحتملهما أو قال فاعمل به في
الكوفة أو قال خذ به المصنف
بالكوفة أو قال لتعمل به
بالكوفة ولم يذكر المصنف
لأن قوله تعمل به بالرفع يعطى
معناه فقد أعقب لفظ
المضاربة ما لا يصح الابتداء
به حيث لا يصح أن يتدنى
بقوله على أن تعمل كذا أو
بقوله تعمل بالكوفة أو
بغيرهما وهو واضح لكنه
يصح جعله متعلقا بما تقدم
فجعل قوله على أن تعمل
شرطا والمفيد منه معتبر
وهذا يفيد صيانة المال في
المصر وقوله تعمل به في
الكوفة تفسير لقوله خذ
مضاربة وقوله فاعمل به في

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسيره أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الداء لا يصل أو قال خذ به بالنصف بالكوفة لأن الباء لا لصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو والعطف فصير عترة المشورة

بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفاً مع صريح النهي إذا كان السعر
 بالنقد والنسيئة لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلاف لفر وهذا كالأموال بآن
 يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلاف لفر لانه مخالفة بالخير اه (أقول) في كل واحد من
 السؤال والجواب خبط أما في الأول فلا ن قوله أو على العكس غير صحيح إذ لم يذكر كون الجواب
 في عكس قوله بـع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لافي الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية
 وأما في الثاني فلا ن قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد يصح بعد درج العكس المذكور في الاشكال لانه
 إذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما إذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون
 البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير أيضاً وهذا ظاهر جداً فالجواب أن يطرح حديث العكس
 في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ)
 يعني أن معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا هي هذه اللفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد
 التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها أو جله ذلك على ما عينوا ثمانية ستة منها تفيد التخصيص
 فتعتبر شرطاً أو اثناً منها لا تفيد فتعتبر مشورة والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد وهو أن
 رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلذذ به ابتداءً أو يصح متعلقاً بما قبله يجعل متعلقاً به لثلاً
 يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقاً بما قبله لا تنفائض ضرورة هذا خلاصة ما ذكر
 ههنا في جملة الشروح والسكاكي (أقول) في شيء وهو أنهم اتفقوا على أن قول رب المال خذ هذا
 المال تعمل به في الكوفة برقع تعمل ويجزئه من تلك اللفاظ الستة التي تفيد التخصيص مع أنه يصح
 الابتداء بعمله من فروعاً على أن يجعل كلاماً مستأنفاً كما يصح الابتداء بلفظين الذين حصر واقعهما
 ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى مقتضى
 الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله تعمل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص أيضاً فأمل
 (قوله) أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غير هالان الواو والعطف فيصير
 بمنزلة المشورة) فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله أدلى ألفاً وانت حر قلنا لانه غير صالح للحال

المكوفة في معناه لان الفاعقها اللوصل والتعقيب والمتصل المتعقب اليهم تفسيره وكذا قوله خذمه بالتصريف بالكوفة لان ههنا
الباء الاصلاق وبقضى الاصلاق موجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو ان يكون العمل فيها واذا قال دفعته اليك هذا
المال مضاربة بالتصريف اعمل بالكوفة بغير واو وبه فقد اعقب ما يصح الابتداء به اما بغير الواو فواضح واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء
به فاعتبر كلامه مبتدأ فيجعل مشدودا كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لا تجعل الواو للحال كفي قوله اد الى الفا وان انت حر
(قوله فاجعل قوله على ان تعمل شرطا) اقول شرطا مفعول ثان لجعل (قوله وقوله عمل به في الكوفة تفسير لدوله خذمه مضاربة) اقول
ويجوز ان يكون استثناء فانيا بيا (قوله واما بالواو فلانه مما يجوز الابتداء به) اقول اذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز الابتداء
به وان لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل

وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى به لا لتفاد المانع من التصرف حيث لا شركة له فاذا ازدادت قيمته بعد الشراء اعتق نصيبه منهم
 لتملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شي لان ازدياد القيمة وتملكه الزيادة أي نصيبه من الربح أمر حكلي لا يصنع له في ذلك فصار كما اذا
 ورثه مع غيره كأمه أو أخته أو زوجة أو أخوات وتركت زوجا أو أخا اعتق نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها شي لعدم الصنع منه وبقي
 العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصته برب المال من الربح لانه احتسبت ماله العبد عند العبد
 فيسمى العبد فيه كفي الوارثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالنصف الخ) وان كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها
 ألف فوطئها فاجتات بولدي ساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي مؤسر فان شارب المال استسعى الغلام في ألف
 ومائتين وخمسين وان شاء أعتقه ولا يضمن المضارب شيئا وانما قيد بقوله والمدعي مؤسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة
 المضارب وهو ضمان اعتاق (٦٨) في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب أن

المضارب وهو ضمان اعتاق

يضمن المضارب اذا كان
 مؤسرا ومع ذلك لا يضمن
 ووجه ذلك أن الدعوة
 صحيحة في الظاهر لصدورها
 من أهلها في محلها جازلا
 على الفرائض بالنكاح بأن
 زوجها منه البائع ثم باعها
 منه فوطئها فعلق منه
 لكنه أي الادعاء لم ينفذ
 لفسق شرطه وهو الملك
 لعدم ظهور الربح لان
 كل واحد من الام والغلام
 مستحق برأس المال كمال
 المضاربة اذا صار أعيانا لكل
 واحد منهما يساوي رأس
 المال كالأشترى بألف
 المضاربة عبيدين كل واحد
 منهما يساوي ألفا فانه
 لا يظهر الربح واذا لم يظهر
 الربح لم يكن للمضارب في
 الجارية ملك وبدون الملك
 لا يثبت الاستيلاء واعتراض
 وجهين أحدهما أن

(وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى به) لانه لا مانع من التصرف اذا لا شركة له فيه ليعتق عليه (فان
 زادت قيمته بعد الشراء اعتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لانه لا يصنع
 من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء ثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع
 غيره (ويسمى العبد في قيمة نصيبه منه) لانه احتسبت ماله عند فسخه فيه كافي الوارثة قال (فان كان
 مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فاجتات بولدي ساوي ألفا فادعاه ثم بلغت
 قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي مؤسر فان شارب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان
 شاء أعتق) ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر جازلا على فرائض النكاح لكنه لم ينفذ لفسق شرطه وهو
 الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعني الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار
 أعيانا لكل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح
 فنفذت الدعوة السابقة

قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها في قوله تعمل به
 بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح للعالم أيضا وان قالوا هذا حال مقدرة كافي قوله تعالى محلقين رؤسكم
 ومقصرين يرد أن يقال لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنقسم مادة الاشكال
 بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل السؤال الحاسم مادة الاشكال أن يقال ان قوله واعمل
 به بالكوفة جملة انشائية وقد تقر في العلوم العربية أن الجملة الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء
 كتبت مع الواو أو بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتنبوا بما
 يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا
 بأنه لم يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كافي قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يزد على هذا
 شيئا فهو أيضا غافل عن عدم صلاحية الجملة الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارف
 ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر
 فكانه أيضا غافل عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قوله والمدعي مؤسر) قال الشراح وانما قيد

الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فبقي كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحا والثاني أن المضارب اذا
 اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفا كان له ربعهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الاول بأن
 تعيينها كان لعدم المزاحم لانه انما رأس المال فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاوجة فذهب تعيينها ولم يكن أحدهما
 أولى بذلك من الآخر فاشتغل برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد يقسمان جملة
 واحدة واذا اعتبر اجبة حصل البعض ورجح بخلاف العبد فانما لا يقسمان جملة بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكون الرقيق
 أجناسا مختلفة عند أي حنيفة قولوا واحد أو عندهما أيضا في رواية كتاب المضاربة واذا امتنعت اقسمة لم يظهر الربح فكان كل
 واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان
 موجودا وهو فرائض النكاح لانها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا

بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لأن ذلك انشاء لعق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا وإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك حدوث الملك وأما ما نحن فيه فإخبار فحاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذا أقر بجرية عبد غيره ثم اشتراه فإنه يعتق عليه وإذا صحت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف إليه لأن الحكم إذا ثبت به ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجودا وأصله مسألة السفينة والقدح المسكر ولا صنع له فيه فلا يكون متعديا وضمنان الاعتاق يعتمد ذلك وإن اتى الضمان بقى أحدا الأمرين الآخرين من الاستسعاء والاعتاق فإن شاء استساعاه لاحتماس ماله عند نفسه وإن شاء أعتق لكونه قابلا للعق (٦٩) فإن المستسعى كالمكتوب عند

أبي حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار قبل أن يجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للتجانس وفيه نظر لأننا إذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ من الولد المستحق برأس المال لكونه مقدما في الاستسعاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح

بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك انشاء للعق فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا فإخبار فحاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بجرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لأنه احتسبت ماله عنده وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكتوب عند أبي حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ المستحق برأس المال لكونه مقدما في الاستسعاء فظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفرائض الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم وولده يضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تلك وضمن التملك لا يستدعي صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورائته يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على مامر

بقوله والمدعى موسر لنفي شبهة هي أن الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمن اعتاق في حق الولد وضمن الاعتاق يختلف بالفسار والاعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن القيد المذكور لا ينفى الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فمما سبأ في بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد اه فالظاهر في تقريره فائدة القيد المذكور أن يقال انما قيد به تنبيه على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره لأنه إذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلا يلزم أن لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره أولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل أن يكون محمولا على حالة اعساره فقط (قوله ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي فإن قيل لماذا لا يجعل الأم رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لأن ما يجب على

فتكون بينهما وقد تملك المدعى نصيب رب المال منها بجعلها أم وولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمن التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورائته فإنه يضمن لشريكه نصيبه كالأخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فإنه ضمان اعتاق وهو تلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه وقوله كما هو إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والمالك والمالك آخرهما ولا صنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المنافع فصار كالكسب

(قوله وفيه نظر لأننا إذا جعلنا الجارية برأس المال وقد عتقت بالاستيلاء (الخ) أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لأن الولد أصل في الدعوة والحريية والام تبعه وينبغي أن يكون مراد المحجب هذا

باب المضارب يضارب

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له الرب المال لم يضمم بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يرج فأذا ربح ضمن الاول للرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الابداع وهذا الدفع على وجه المضاربة والله ما أن الدفع ابداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولا يبي حنيفة أن الدفع قبل العمل ابداع

باب المضارب يضارب

مضاربة المضارب مركبة فأخرها عن المفردة اختلاف علما ونافى موجب الضمان على المضارب اذا دفع المال الى غيره مضاربة ولم يأذن له الرب المال فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يرج فالموجب هو حصول الربح فان ربح الثاني ضمن الاول للرب المال وقال أبو يوسف ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ثم رجع أبو يوسف وقال ضمن بالدفع وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الابداع لعدم الاذن بغيره ودفع المضارب مضاربة ليس على وجه الابداع فلا يملكه والله ما أن دفعه ابداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله مراعى أى موقوفا ان عمل ضمن والا فلا ولا يبي حنيفة ان الدفع قبل العمل ابداع

الولد من السعي عاية من جنس رأس المال والامسة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعي عاية لرأس المال أولى اه واقتنى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اه (أقول) نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاء لان من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير أن تجعل هي رأس المال تكون مملوكة للرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب السكافي وشرح لكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسقاء مقدم لان الولد أصل في الدعوة والحرية والام تبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اه (أقول) الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار اليه المصنف بقوله لان الالف المأخوذة لما استحق رأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما اه الا أنه لا يصلح أن يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو كان مراده هذا المأزك ذكره بالكلية ونشبت بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في غشية هذا الجواب اذ التقدم في الاستسقاء والاستيفاء أمر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذة من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نفلا عنه قال قلت الولد اراحها فترجح بسبب ظهور الربح من جهته اه (أقول) لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضى رجحان كون رأس المال هو الالف المأخوذة منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الالف المأخوذة منه أيضا من الربح تأمل تنق

باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلوا الاولى أبدا فكذا بيان حكمها كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندى وذكر في ما وجه آخر أيضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتلوا المفرد أبدا واختاره صاحب العناية والعناية (أقول) فيه تعسف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربتين قطعاً لا ترى ان الثاني أبدا يتلوا الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه

وبعد ابطاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذاربح فقد أثبت له شركة في المال فصار مختالفا
لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كالمخالطة بغيره وهذا أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما
بالربح أو العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة وأطلق القول ليتناول (٧١) كلا منهما فان الاول اذا كانت

فاسدة أو الثانية أو كليهما
جميعا لم يضمن الاول لان
الثاني أجبر فيه وله أجر مثله
فلم تثبت الشركة الموجبة
للضمان فان قيل اذا
كانت الاولى فاسدة لم يتصور
جواز الثانية لان مبنائها
على الاولى فلا يستقيم
التقسيم أجيب بأن المراد
بحجواز الثانية حينئذ
ما يكون جائزا بحسب
الصورة بأن يكون المشروط
لثاني من الربح مقدرا
ما يتوزع المضاربة في الجملة
بأن كان المشروط للاول
نصف الربح ومائة مثلا
وللثاني نصفه (قوله ثم
ذكر في الكتاب) يعني
القدوري (ضمن الاول ولم
يذكر الثاني وقيل) اختيارا
منه لقول من قال من
المشايخ (ينبغي أن لا يضمن
الثاني عند أي حنيقة
وعندهما يضمن بناء
على اختلافهم في مودع
المودع ومنهم من يقول رب
المال بالخيار بين تضمين
الاول والثاني في هذه المسئلة
(باجاع) أي بابتداء (و) هذا
القول (هو المشهور) من
المذهب (وهذا عندهما ظاهر
وكذا عنده) لكن لا بد من بيان

وبعد ابطاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذاربح فقد أثبت له شركة في المال
فيضمن كالمخالطة بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل
الثاني لانه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل
ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أي حنيقة رجه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع
وقيل رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر
وكذا عنده ووجه الفرق بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون
ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة
بين الاول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط لانه يظهر انه ملكه بالضمان

قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز أن يحصل
من مجموعهما أمر مركب في العقل لكنه ليس بدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب
(قوله وبعد ابطاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر أن يقول تو كيل كما في شرح الكنتز
للعلمة الزبلي اه (أقول) ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بأنه ابطاع انما هو الدفع
لا عقد المضاربة والذي ينافي الابطاع ويلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما
يلائم الايداع قبل العمل والابطاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل
الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما في شرح الكنتز
للعلمة الزبلي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه تو كيل فانه قال فيه ووجه الروى عن أبي حنيفة أن العقد
المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضول بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه
ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه تو كيل فانه على ما بينا من قبل اه ولا يخفى أن المفهوم منها
ان المضارب تو كيل لان الدفع نفسه تو كيل ولا كلام في ان المضارب تو كيل بحكم عقد المضاربة وأما انه
و كيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج
الدراية أي الضمان عليهم ما عند الربح أو العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة
صحيحة وقال في العناية وشرح العيني أي وجوب الضمان على الاول أو عليهما بالربح أو العمل على
ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يمتثل أن يكون المشار اليه ههنا وجوب الضمان
عليهما ما أي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه به ههنا الضمان على الاول متعين لان
المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يمر من المصنف الى الآن شيء يشعر بضمان الثاني
ايضا فكيف يصح أن يجعل كلمة هذا ههنا إشارة الى الضمان عليهم او شأن اسم الإشارة أن يشار به الى
المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني
بما لم تشر رائحته قط الى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا بصدد
بيان ما ذكر في الكتاب يضمن ضمان الاول رب المال وأما ان الثاني هل يضمن أيضا أم لا فينبه بعد مفصلا
بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الخ فهو ههنا بمنزلة عنه (قوله لانه ملكه بالضمان

فرق بين هذه المسئلة ومسئلة مودع المودع (ووجهه) أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لنفسه
نفسه من حيث شركته في الربح (فجاز أن يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة) الثانية (لانه ملكه بالضمان

باب المضارب يضارب

قال المصنف (وبعد ابطاع) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول تو كيل كما في شرح الكنتز لعلمة الزبلي

من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن التاجر جمع على الاول بالعقد) أي بسببه (لانه عامر له) أي المضارب الاول (كافي المودع) واعترض بأن كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامر للمضارب الاول وأجيب باختلاف الجهة (٧٣) يعني أن المضارب الثاني عامر لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامر له كافي المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد ونصح المضاربة والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداءً ويطلب الربح الثاني ولا يطيب إلا على لان الأسفل يستحقه بعمله ولا خيب في العمل والأعلى يستحقه ملكه المستند بأداء الضمان ولا يعري عن نوع خيب قال (فإذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على أن مارزقك فهو ينشأ نصفان فرب المال النصف والمضارب الثاني الثلث وللضارب الثالث وللضارب الاول السدس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للأول الا النصف فيصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع الثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطلب له ما ذلك لان فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على أن مارزقك الله فهو ينشأ نصفان فالمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف مارزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترا (ولو كان قال له فمارزجت من شئ فيني وينسك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مقوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما (ولو كان قال له على أن مارزقك الله تعالى في نصفه أو قال فما كان من فضل فيني وينسك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ولا شئ للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فيصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون الثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شئ كمن استؤجر ليخط ثوب بدرهم فاستأجر غيره ليخطه بماله (وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله) لانه شرط للثاني شئاً هو مستحق لرب المال فسلمت في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد عليه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غرته في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فللهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخطه بدرهم ونصف

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل انما يتمشى على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند أي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا تحقق المخالفة بالدفع مالم يعمل وعند أبي حنيفة رجه الله لا تحقق بالدفع ولا بالعمل مالم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الأهم بالبيان والتعليل ههنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتامر في التوجيه

ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباً له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان المغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لا آخر هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنًا فسلكه فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه (قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض والحجيب هو الاتقاني (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول أي عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه) أقول الظاهر أن الام للمنفعة

الابتداء صودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامر لنفسه ويجوز أن يكون الشخص عاملاً لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ (ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد) فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار (ونصح المضاربة) الثانية (والربح بينهما على ما شرط لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداءً ويطلب الربح الثاني ولا يطيب إلا على الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه والاول يستحقه ملكه المستند بأداء الضمان ولا يعري عن نوع خيب) لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصديق قال (فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطيب لهما ذلك أي للمضارب الاول والثاني الثلث والسدس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شئاً فقد باشر العقدان ألا ترى أنه لو أضع المال مع غيره وأضعه رب المال حتى

(فصل ١٠) لما كان للضارب بعد ادخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ما ذكر في فصل على حدة فقال (وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئا أن عبد المضارب والأجنبي وليس ذلك باحتراز عن الأول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز أن يكون احتراز عن الثاني فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وإن لم يشترط عمل الأجنبي معه صحّت المضاربة مع الأول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للأجنبي كالسكوت عنه فكون رب المال لأن الربح إنما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمنان العمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فإن فيه تفصيلا أما أن يكون على العبد دين أو لا فإن لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لأنه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد عما ذكرنا من انتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه لأن ما هو شرط للعبد شرط لمولاه إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فإن كان عبد المضارب (٧٣) فعلى قول أبي حنيفة لا يصح الشرط والمشرط كالسكوت عنه فيكون رب المال لأنه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر تصحيحه للمضارب لأنه لا يملك كسب عبده عند أبي حنيفة إذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وإن كان عبد رب المال فالمشرط رب المال بلا خلاف وأما إذا شرط أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحاً فهو جائز على ما شرطنا سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لأن للعبد يد معتبرة لاسيما إذا

(فصل ١١) وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لأن للعبد يد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشترط العمل اذنه ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذاً ما ودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ماهر وإذا صحّت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للغير ما هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح أن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف والله أعلم

(فصل ١٢) وقوله وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فإن الحكم في عبد المضارب كذلك أيضاً ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلاً يدل على ذلك وقال صاحب معراج الداراة التقييد بعبد رب المال لا للشرط فإن حكم عبد المضارب كذلك وكذا الوشرط لأجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض أن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل

(١٠ - تكمله سابع)

كان مأذوناً له واشترط العمل اذنه ولهذا) أي ولأن للعبد يد معتبرة (لا يكون للمولى ولاية أخذاً ما ودعه العبد وإن كان محجوراً عليه وهذا) أي ولو لم يكن اليد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعني إذا كان مديناً على ما سيجي (وإذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ماهر وإذا صحّت المضاربة (والشرط) يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإذا كان عليه دين فهو للغير ما هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر

(فصل ١٣) وإذا شرط المضارب (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول قال السكاكي قيد بعبد رب المال لأن فيه خلاف بعض أصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد وجه قولهم أن يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى وفيه بحث لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الأجنبي على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احتراز عن الثاني) أقول فيه تأمل (قوله فإنه إذا شرط ذلك للأجنبي) أقول عبد أو امرأ ابن المضارب أو زوجته أو غيرها

وهو عزل المضارب وقسمة مال المضاربة في هذا الفصل قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لأنه لو كان على ما تقدم وموت الموكل بطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

ذلك عنه وفيه بحث لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث انتهى (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلاً بل هذا يؤيد ذلك لأن قوله لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بياناً لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلاً عن المناقاة ثم إن محصل ذلك المنقول أنه إذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذلك عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيده وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلاً كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئاً عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيكون احترازاً عن الثاني فإنه إذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين وإن لم يشترط عمل الاجنبي معه صححت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأن الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لأنه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي أصلاً أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما إذا شرط ذلك فلائ حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعاً فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم وأما إذا لم يشترط ذلك فلا نه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل للكونه اجنبياً فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه ولا اجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه من غير الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضاً فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلاً وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد للولي فيمنع التخليه فقال هو جائز انتهى كلامه (أقول) هذا هو الحق عندى ولقد أشار إليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لأن العبد يد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً ثم قال وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخليه بين رب المال والمضارب تأمل تعق

وفصل في العزل والقسمة (قوله ثم عاد مسلماً كالوكيل) أقول قال الاتقاني فإنه إذا رجع الموكل مسلماً لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية خلافاً لما روي عن محمد

وقد صرح في باب عزل الوكيل

وفصل في العزل والقسمة قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لأنه لو كان على ما تقدم وموت الموكل بطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

ذلك عنه وفيه بحث لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث انتهى (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلاً بل هذا يؤيد ذلك لأن قوله لأنه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بياناً لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلاً عن المناقاة ثم إن محصل ذلك المنقول أنه إذا كان في عبد رب المال خلاف لا في غيره كان ذلك عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيده وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلاً كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيئاً عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لأن حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيكون احترازاً عن الثاني فإنه إذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعاً وصارت المضاربة مع الرجلين وإن لم يشترط عمل الاجنبي معه صححت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لأن الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شيء انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لأنه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي أصلاً أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما إذا شرط ذلك فلائ حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جميعاً فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم وأما إذا لم يشترط ذلك فلا نه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل للكونه اجنبياً فالاحتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه ولا اجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه من غير الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضاً فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلاً وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع أن الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبد للولي فيمنع التخليه فقال هو جائز انتهى كلامه (أقول) هذا هو الحق عندى ولقد أشار إليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لأن العبد يد معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً ثم قال وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخليه بين رب المال والمضارب تأمل تعق

وفصل في العزل والقسمة أي في عزل المضارب وقسمته الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعده ذلك لأن عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح (قوله وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه لو كان على ما تقدم وموت الموكل بطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذ من النهاية ورد بأنه لو كان تو كلاً لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد أخرى إذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئاً كالوكيل إذا دفع إليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم وهلك بعد ما أخذه ثانياً لم يرجع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان تو كلاً لا تعزل إذا عزله رب المال بعد ما اشترى بمال المضاربة عروضاً كافي الوكيل إذا علم به وبأنه لو كان تو كلاً لما عاد المضارب على مضاربه إذا لحق رب المال بدار الحرب مرتداً ثم عاد مسلماً كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان الحقوق بمنزلة الموت
الآتري أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحقوقه يتوقف تصرفه مضاربة عند أبي حنيفة رحمه الله لانه
يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الثاني عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان
علة عدم انزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الثاني عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح
في المسئلة الثانية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذي يعلم عما ذكر في
المواضع الثلاثة الثانية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاثة وبذلك
لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصله قد دح في الدليل الذي ذكره
المصنف بقوله لانه لو قيل بأنه لو كان توكيلا لمخالط حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاثة المزبورة
وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل
المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيبدأ كالدرد والاشكال فان قلت المراد بما في
الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يتدح فيه اختلاف فهمافي الوجوه
الثلاثة المذكورة قلت حينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض
الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انما توكيل في بعض الاحكام
الذي من جملة ما نحن فيه قلنا حينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا أصلا يصير ورثة
أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله)
وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما
أما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاظه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أمّا قبل القضاء بلحاظه
فلا ينفذ بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء فلم يكن حق المضارب كالموت كان
مات حقيقة وعزاه جماعة منهم إلى الميسوط (أقول) فيه اشكال أما أولا فلا يثبت له مات حقيقة بطلت
المضاربة قطعاً كما مر في المسئلة المتقدمة آنفاً فكيف يصح قولهم كالمات حقيقة اللهم اذ أن يقيد
قولهم كالمات بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كإساق في الكتاب وأما ثانياً
فلا يثبت ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلماً بعد القضاء بلحاظه هي مكان حق
المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضاً في هذه العلة فلي تأمل ثم أقول الذي يظهر من تعليل
المصنف بهذه المسئلة وعما ذكر في بعض المعتبرات أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد
مسلماً وبين ما اذا عاد مسلماً بعد لحوقه بدار الحرب من رد اسمي بعد القضاء بلحاظه أما ظهور ذلك من تعليل
المصنف هذه المسئلة فلانه قال في تعليله إياها لان الحقوق بمنزلة الموت عندنا لا يرى أنه يقسم ماله
بين ورثته ولا يخفى أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعاً كما مر فكذلك إعماله
بمنزلة الموت وأما ظاهره وعما ذكر في بعض المعتبرات فلا يثبت في البسائط ولو ارتد رب المال فباع
المضارب أو اشتري بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ان رجوع إلى الاسلام بعد ذلك
نفذ ذلك كله والحق ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وضار كأنه لم يرتد أصلاً وكذا اذا لحق بدار
الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم
بموته وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه
بطلت المضاربة اهـ ولا يخفى أن المفهوم من قوله ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم بلحاظه بدار الحرب بطلان
المضاربة لو عاد مسلماً بعد أن يحكم بلحاظه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التي تشترط حكم الحاكم
بلحاظه للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل أن يحكم بلحاظه على الرواية التي لم تشترط حكم الحاكم بلحاظه للحكم

واذا ارتد رب المال عن
الاسلام والعياذ بالله ولحق
بدار الحرب بطلت المضاربة
يعني اذا لم يعد مسلماً أما اذا
عاد مسلماً قبل القضاء أو
بعده فكانت المضاربة كما
كانت أما قبل القضاء فلانه
بمنزلة الغيبة وهي لا توجب
بطلان المضاربة وأما بعده
فلحق المضارب كالمات
حقيقة وأما قبل لحوقه
فيتوقف تصرف المضارب
عند أبي حنيفة لان المضارب
يتصرف لرب المال فكان
كتصرف رب المال بنفسه
وتصرفه موقوف عنده
فكذا تصرف من يتصرف له

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قوله هم جميعا حتى لو اشترى وباع وربح أو وضع ثم قتل على رذته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرط الا ان له عبارة صحيحة لان محتمها بالآدمية والتميز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة (٧٦) وتوقف تصرف المرتد على حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقه

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد ان يتوقف على علمه (وان علم بعزله والمال عروضا فله ان يبيعها ولا يمنعها العزل من ذلك) لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبني على رأس المال وانما ينقض بالبيع قال (ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر) لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقد اقبل العزل (فان عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نفدت لم يجز له ان يتصرف فيها) لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلبه أن يبيعها بجنس رأس المال استحصانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

به فبقيت المضاربة خلافا ما يطبقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة لان حكم العهدة يتوقف برذته لانه لو رذته لقضى من ماله ولا تصرف فيه فكان كالصبي المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهى فيه قبلها فالحق عليه ويرجع على رب المال قال (فان عزل رب المال المضارب الخ) اذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد ان يتوقف على علمه واذا علم بعزله والمال عروضا فله ان يبيعها ولا يمنعها العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو نسيءا عن البيع نسيئة لم يبرئ منه لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح وانما يظهر بالقسمة والقسمة تبني على رأس المال بتميزه ورأس المال انما ينض أي يتيسر ويحصل بالبيع ثم اذا باع شيئا لا يجوز ان

يعونه وان الظاهر من اطلاق قوله فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي لمحاقه بطلت المضاربة بعد ان تعرض لعوده مسلما فمما سبق بطلانهم بعد القضاء لمحاقه وان عاد مسلما وقال الامام الاسيحي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فان القاضي يجزى البيع والشراء على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيستوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء بالحق ولو لم يرفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت رذته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اه ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء لمحقه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتمالان عقليان أحدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد الا لحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أي هي غير باطلة وثانيهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه بتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة ايضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوفاية حيث قال في شرح قول صاحب الوفاية وتبطل بموت المضارب ولحق المالك من ثبوت الخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتد احيث لا تبطل المضاربة لانه عبارة صحيحة اه واقتنى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو الظاهر من نفس عبارة الوفاية ايضا حيث أصنف فيها الموت المبطل الى أحدهما مطلقا واللاحق المبطل الى المالك فقط فدل على ان لحاق المضارب لا يبطل بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس بصحيح عندى اذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم لمحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل ايضا حيث قال في تعليل بطلان

المضاربة يشتري بالثمن شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل وان عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نفدت فلم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال قال هذا الذي ذكره ان كان من جنس رأس المال فان لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلبه أن يبيعها بجنس رأس المال استحصانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض

وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال (واذا اختلفا في المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالأجر له

المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب لان الحقوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه فاذا كان كذلك فالحق يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بدار الحرب مرتداعلى ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب وقضى لمخاطبه مصرح به في المعتمرات قال في البدائع وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كونه قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى لمخاطبه لان رده مع الحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه اه فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما مرشد اليه قوله في تعليله ولا توقف في ملك

رب المال اذا لرب ان هذا القول للاختلاف تراعى التوقف في ملك رب المال عند أبي حنيفة اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه عنده انما يكون قبل الحاق لا بعده فلا بد أن يكون المراد ههنا أيضا ما يكون قبل الحاق لا يخلو هذا القول في التعليل وبشرائه زيادة الشراح في قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا فلا شك ان زيادة هذا القيد للاجتماع الى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد الحقوق وانما الخلاف فيه قبل الحقوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة ولا يتوقف عنده ما قبل يتقيد فلا بد أن يكون المراد بالوافق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد هو الوفاق فيه قبل الحقوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها) وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فأكمله ههنا في قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا يمنع العزل من ذلك يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان

المال عروضاً بل يبيعه بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدي في تلك المدة لان عدم عمل العزل فيها لا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذلك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض أى ونحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دينار أو على القلب هذا ما ذهب اليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات مرتداعلى باع المضارب العروض جاز يبيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المنية فينبغي أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظرا لانه مع ابتدائه على تأويل بعيد من حيث اللفظ مخدول من حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو الحقوق بدار الحرب مرتدا وقد ذكرهذا صريحا في تلك النسخة بقوله ولحقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت وأما على النسخة الاولى فلا أنه قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى المضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما في قوله * كما شرقت صدرا القضاء من الدم * فعلى هذا يقال بجواز الواو (أقول) هذا أيضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيز من حيث المعنى لانه يوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة نحو تصرف بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى العروض على معنى في بيع العروض وفي بيع نحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دينار أو على العكس لانها نحو العروض في ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال اه كلامه (أقول)

(قوله وعلى هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمي كالتقصدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القصدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل بما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (واذا اختلفا في المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها) أقول الضمير في قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المنية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التائب من المضاف اليه وفيه شئ

وان لم يرجع ليحجب على ذلك لانه وكيل محض (حيث ذوالو وكيل متبرع) والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب اوجب اوجب باننا لانسلم أن الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فاذا فعل ذلك فقد زالت يده ولا بد له من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه) فان لم يוכל يضيع حق رب المال (وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ومجوزها معروف وهو اشتغالها على النقل وانما فسر بذلك لان أجل ربحها هوهم أن رأس المال دين في ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل اذا باع وانعزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) أما (البيع والسمسار) وهو الذي يعمل للغير بيعاً أو شراءً فانهم ما (يجبران على التقاضي لانهم ما يعملان) (٧٨) بالاجرة عادة) واذا وصل اليه أجره أجب على تمام عمله واستجاره فلما انحلو عن فساد لانه اذا استوفى

على امرأته فقد استوفى
على ما لا يستقل به لان
الشراء لا يتم الا بمساعدة
البائع على بيعه وقد
لا يساعده وقد يتم بكلمة
وقد لا يتم بعشر كلمات
فكان فيه نوع جهالة
والاحد من في ذلك أن
ياخر بالبيع والشراء ولم
يشترط أجراف يكون وكلا
معينه ثم اذا فرغ من
عمله عوض بأجر المثل هكذا
روى عن أبي يوسف ومحمد
قال (وما هلك من مال
المضاربة فهو من الربح
الخ) الاصل في هذا أن
الربح لا يتبين قبل وصول
رأس المال الى رب المال
قال النبي صلى الله عليه
وسلم مثل المؤمن كمثل
التاجر لا يسلم له ربحه حتى
يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن
لا يسلم له ثوابه حتى تسلم له

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله كي لا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاضي لانهم ما يعملان بالجرعة عادة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقسمان الربح والمضاربة بمجالها ثم هلك المال بعضه أو كله تراد الربح حتى يستوفى رب المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما ما لا نهى ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب) لما بينا (ولو اقسما الربح ونسخا المضاربة ثم عقداها فهاك المال لم تراد الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر (فصل فيما يفعله المضارب)

الآن محصل الحق والتجرب انه جعل هذا أبعد الاحتمالات مع كونه أقربها لفظاً ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اه (أقول) هذا النقص مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير ملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد القبض به وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضاً في محله فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس والكفيل ضامن بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على مامر في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه اذا القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل (فصل فيما يفعله المضارب) قال في غاية البيان وكان القياس أن لا يذ كر الفصل هنا بل كان ينبغي

عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ولا يعتبر بالتبع قبل حصول الأصل فتى هلك منه شيء ان استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وان اقسما تراد لان القسمة تقيد ملكاً موقوفاً ان بقي ما أعد الى رأس المال الى وقت الفسخ كان ما أخذه كل منه ملكاً له وان هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال (فصل فيما يفعله المضارب الخ) ذكر في هذا الفصل ما لم يذكر في أول المضاربة من أفعال المضاربة زيادة للفادة وتنبيهاً على مقصودية أفعال المضاربة بالعادة

قال المصنف (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به الخ) أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء اذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات (فصل فيما يفعله المضارب)

قال (ويجوز للضارب الخ) ما كان من صنيع التجار يتناوله اطلاق العقد فجاز ان يفعله المضارب وما لا فلا فيجاز للضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لان من ذلك الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه قال في النهاية بأن باع الى عشرين سنة لخروجه حينئذ من صنيع التجار ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب قيل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلاً وأما اذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب اذا اشتري طعاماً يحمله عليه او ظاهراً كلامه يدل على ان ذلك اذا كان (٧٩) للركوب لا يجوز واذا كان للعمل فهو

قال (وجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والسبئية) لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكرها باعتبار العادة التجارية له أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جازا بالإجماع أما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى الا أن المضارب لا يضمن لان له أن يقابل ثم يبيع نسبته ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فلا يملك الاقالة ثم البيع بالنقد مع اختلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر أو الاعسر جاز لان الحسوة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتمل عمال القيم حيث يعتبر فيه الا نظر لان تصرفه مقبى بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بطلاق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة ونوع يبيعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للعاجزة اليه والرهن والارتهاق لانه يافع واستيفاء الاجارة والاستئجار والايذاء والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بطلاق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيتك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة الى غيره وخلق مال المضاربة عماله أو بمال غيره لان رب المال رضى بشركته لا بشركه غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التمهيد

[illegible]

المضارب عليك الاقالة والبيع نسبيته كما قالوا وان كان الوكيل لا يعلم ذلك ولو قبل المضارب الحوالة جاز سواء كان أيسر من المشتري أو أعسر منه لما ذكرناه لو أقال العقد مع الاول ثم باعه بمثله على المحتال علمه جاز فكذلك اذا قبل الحوالة ولأنه من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بعمل اليتيم فان تصرفه نظري فلا بد وان يكون المحتال عليه أيسر ثم ذكرنا الاصل فيما يفعله المضارب بأقواعه الثلاثة وهو ظاهر (قوله أي السفينة والدواب مطلقا) أقول أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقا قال المصنف (وله ان يأذن لعبد المضاربة في الجمار) أقول بياض آخر لقوله لانه الامر العام المعروف عطفًا على قوله ولهذا كان له أن يشتري

أقول يا صاح أخوك قوله لأنه الأمر العام المعروف عطفًا على قوله ولهذا كان له أن يشتري

ثم قل (ولا يزوج عبدا ولا أمة من مال المضاربة) لأن التزويج ليس بضرورة والعقد لا يتضمن الائتوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الاكتساب) يلزم المهر وسقوط النفقة والجسواب أنه ليس بتجارة وإن كان فيه كسب فصار كالاتفاق على مال لا يدخل تحت المضاربة والله أعلم قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال الخ) فإن دفع إلى رب المال شيئا من مال المضاربة بضاعة فاشتري به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافاً لفرق فإن رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداءً ولأن الواجب هو التخليص وقد تمت فصار التصرف حقا للمضارب وله أن يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لأنه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشفق على المال فلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه ابتداءً

(قوله إذا لم يصرح به) أقول فيه بحث

في هذا الوجه بواقفه قيد دخل فيه عند وجود الدلالة وقوله أعمل برأيك دلالة على ذلك وقوعه لا يملكه مطلق العقد ولا بقوله أعمل برأيك الآن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما اشتري برأس المال السلف وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين عنده شركة الوجوه وأخذ السلف لأنه نوع من الاستدانة وكذا أعطوا لها لانقراض والعقود بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة ولا اقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع شخص قال (ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب لا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الائتوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاتفاق على مال فإنه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذلك هذا قال (فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشتري به رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر نفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكسلافه فيصير مسترداً وله إذا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداءً ولأن التخليص فيه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكسلافه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء

أيضاً المدعى كما ترى (قوله فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشتري به رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً وكلاً وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى (أقول) الظاهر في بيان الإيهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فإن منشأ الإيهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط بل جواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعض لا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذه من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشبهه على ذي فطرة سليمة وعن هذا يقال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهماً للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئاً منه إلى رب المال بضاعة واشتري به رب المال وباع فهي مضاربة بجماله انتهى (قوله) وقال زفر نفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكسلافه فيصير مسترداً ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداءً قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداءً (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح فإن الظاهر منه أن هذه فساد المضاربة عنده وفي مسئلتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضاً في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح أن هذه فساد المضاربة عنده كون رب المال متصرف في مال نفسه غير صالح لأن يكون وكسلافه بناء على أن المرء لا يصلح وكسلافه غير فيما يعمل في ملك نفسه ولقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر نفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكسلافه في المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكسلافه غير فصار مسترداً انتهى

(قوله)

لا يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلاً لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله أجيب بأن رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجازى وكيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال أجاب بقوله (وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لا أدى الى قلب الموضوع) واقائل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبي أو لا فان كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يميز الا بضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا نعم لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بوجود بخلاف البضاعة فانها لو كبل على ما حرر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوضح اختصاص الا بضاع ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلاً وبه صرح في النخبة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى فان كان رأس المال نقداً فقد نقض المضاربة اذا الاستعانة من المضارب لم يتجدد حديث لا دفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه ومن ضرورة ذلك انتفاض المضاربة وان صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لان النقض الصريح اذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل (٨١) فيها هذا أولى قال (واذا عمل

لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصر فليست تنقته في المال وان سافر فطعامه وشراؤه وكسوته وركوبه) ومعهما شراؤه وكراه في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة الزوج ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلى واذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لاحتجالة فلا يتضرر بالاتفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجبر وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوق في المصر وان كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الزائدة وهو ما ذكرنا من ذلك غسل ثيابه وأجرة أجبر بخدمه وعلف الدابة يركبها والذهن في موضع يحتاج اليه عادة كاللحاجز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتباراً للمتعارف بين التجار قال (وأما الدوا فحق ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدوا بعراض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها

(١١ - تكمله سابع) عامل له يبدل مضمون في ذمة المستأجر وذلك يحصل له يمين فلا يتضرر بالاتفاق من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلو أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيئاً للنفقة وهو مسافر فقدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوق وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذا ذاك لها والنفقة ما تنصرف الى الحاجة الزائدة كطعامه والشراى وكسوته وركوبه شراؤه وكراه كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من معدات تكثيره في المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحلاق وعلف الدابة والذهن في موضع يحتاج فيه اليه كاللحاجز فان الشخص اذا كان طويل الشعر ورخ الثياب ماشياً في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملته فصار ماله تنكثت الرغبات في المعاملة معه من جهة النفقة والدوا يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لا صلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوق) أقول فيه بحث (قوله ماشياً في حوائجه) أقول أي بنفسه

قال (واذا ربح أخذ الرب المال الخ) يريد أن المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح يأخذ الرب المال رأس ماله كاملا فتكون النفقة مصروفة إلى الربح دون رأس المال فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرط فان باع المضارب المتاع بعد ما أنفق من ربحه حسب ما أنفق على المتاع من الجحلا ونحوه كاحرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فان كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثيابا بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينظمه كإمارة وإنما ذكرها بعد ما مر تعهد القول وان صبغها آخر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه وسائر الألوان كالاحرة الا السوداء عند أبي حنيفة لان الصبغ (٨٣) عين قائم بالتوب فكان شريكا بحال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينظمه فإذا

بيع الثوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الثوب مصبوغا على قيمته مصبوغا وغير مصبوغا بينهما حصة الصبغ ان باعه مساومة وانه باعه من ربحه قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الثوب به وعلى قيمة الصبغ فابقيتهما حصة الصبغ والباقي على المضاربة بخلاف القصار بفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالتوب ولم يزد به شيئا ولهذا اذا فعله الغاصب فازداد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه بجائنا واد اصبح المصوب لم يضع بل يتخير وبالثوب بين أن يعطى ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بنويه وبين أن يضمه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حاله فان قيل المضارب لما لم يكن له

قال (واذا ربح أخذ الرب المال ما أنفق من رأس المال فان باع المتاع من ربحه حسب ما أنفق على المتاع من الجحلا ونحوه ولا يحسب ما أنفق على نفسه) لان العرف جارح بالحق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في القيمة والثاني لا يوجبها قال (فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لانه استدانة على رب المال فلا ينظمه هذا المقال على ما مر (وان صبغها آخر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الا يبيض على المضاربة بخلاف القصار والحمل لانه ليس بعين مال قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه

(قوله فان كان معه ألف فاشترى بها ثيابا بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية وإنما ذكرها بعد ما مر تعهد القول وان صبغها آخر فهو شريك بما زاد الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشيء لانه ان أراد ان هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعاً وان أراد أنها مرت في ضمن الاصل المذكور فبما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضا مرت به هذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تعهد الثانية مع الاشتراك في المورد بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كلي ماز كيف وتفرع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بحال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن وقال وجه هذا اندفع ما قيل المضارب اما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذوناً وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك اه كلامه (أقول) في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً انه اختار كونه

ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً فيجب أن يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط وبالصبغ اختلط ماله بحال المضارب فصار شريكاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فان كان مأذوناً وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

(قوله وسائر الألوان كالاحرة) أقول قوله وسائر مبتدأ وقوله كالاحرة خبره (قوله لان الصبغ عين قائم الخ) أقول تعليل لقوله فهو شريك الخ (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً) أقول هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ

فصل آخر هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ماذ كره المصنف واضح ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضربون على المضاربة والربح بينهما على ما شرطوا وضمان المضارب للبائع بسبب هلاكه مانع عنها وتحققه ماذ كره فخر الاسلام رحمه الله في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها برافه ومضاربة فاذا باعها بألفين ظهرت حصته (٨٣) المضارب وهي خمسمائة فاذا اشترى

جارية بألفين وقعر ربعها للمضارب لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فاذا هلك الثمن صار غرم الربيع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال واذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية لتمامه واذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافيا لها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لأبطلنا ما غرم لأنه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضاربا لنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لأن ضمان رب المال بالتمام المضاربة ولا يصح ما يضمن بل يلحق برأس المال واذا كان كذلك كان رأس المال في ذلك ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين (قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (لتعاري المقاصد) لأن

فصل آخر قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها برافه بألفين ثم اشترى بالألفين عبدا فلم يبقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الآن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما تبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما ناض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فاذا اشترى بالألفين عبدا صار مستريار بعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين واذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما يئمه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكسل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربيع من المضاربة لأنه مضربون عليه ومال المضاربة أمارة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة (ولا يبيعه مائة على ألفين) لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد بأربعة آلاف فخصه المضاربة بثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه بألف فانه يبيعه مائة على خمسمائة) لأن هذا البيع مقضى يجوز له لتغير المقاصد دفعا للحاجة وان كان يبيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المراجعة

غير مأذون لأن كونه غاصبا انما جعل فيما قبل فرعا لكونه غير مأذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين أنه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير مأذون حينئذ لم يتجوز الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لأن وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فرعا لكونه مأذونا فاذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو صحتها أحرر جهتين مختلفتين أولاها ما خلط مال المضاربة بماله نفسه وثانيته ما الاستدانة على المالك وان المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تذبذب الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله عما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح ولا أوله الذي أشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بتسام في نفسه ان لا يرى وجه يقتضي أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على ان الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذونا في فعله هذا وغير مأذون ثم أقول الصواب عندى في دفع ما قبل المضارب اما أن يكون بهذا الفعل مأذونا أو غير مأذون الخ أن تختار كونه مأذونا به بقوله اعمل برأيتك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ اذا الأذن المذكور ليس بمقصود على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يتم التصرف في مال المضاربة منفردا أو منضمما الى غيره مما له جهة في التغير كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقر في بيان النوع الثاني من الاصل المار ذكره وقد أشار اليه المصنف ههنا بقوله واذا صار شرى كالباصبح استظمه قوله اعمل برأيتك انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة فذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

مقصود رب المال وصوله الى الألف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استفادة البعد على العبد وقوله (الآن فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز لأنه لم يزل به عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستفده أن يملكه في ملكه والشبهة ملحقه بالحقيقة في المراجعة فاعتبر أقل الثمنين وهو خمسمائة كنبوته من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر الى أنه يبيع ماله بماله

فصل آخر (قوله وصوله الى الألف مع بقاء العقد) أقول أي عقد المضاربة

(قوله فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبد ا قيمته ألفان فقتل العبد جلا خطا) كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيستقدر بقدره وكان الملك بينهما ما أرباعا لان رأس المال لما صار عينا واحدا ظهر الرجح وهو ألف بينهما) ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازا عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الرجح لعدم الاولوية كما تقدم (فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما يناله) أنه صار مضمونا عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليه بما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما اذا ضاع اللان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لان جميع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد الدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كالزائل) لانه استحق بالجنابة والمسحق بها بمنزلة الهالك والمضاربة تنتهي بالهالك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا خارجا عن المضاربة يتخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسئلة (٨٤) المتقدمة وهي ما اذا ضاع اللان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف

فاشترى بها عبد او هلك قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما يدفعه لان المال في يده أمانة) وقدها وقد بقي عليه الثمن ذينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانيا (لا يصير) المضارب (مستوفيا لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفيا كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه العهد بوصول الثمن الى البائع (بخلاف الوكيل اذا

على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبد بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لانه اعتبر عدم ما في حق نصف الرجح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبد ا قيمته ألفان فقتل العبد جلا خطا فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيستقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الرجح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما يناله وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليه بما لانه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجنابة ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضاربة يتخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال (فان كان معه ألف فاشترى بها عبد ا فلم يقدحها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) لان المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكيل انما يبيع المصنوع

مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخذ كرها (قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكيل انما يبيع المصنوع كالتجارب انما يبيع المصنوع) يعني ان الغاصب اذا أتى كل يبيع المصنوع يصير وكيل

كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الامرة (واحدة) لانه أمكن أن يجعل مستوفيا لان الوكيل انما يبيع المصنوع كالتجارب انما يبيع المصنوع) فانه يصير وكيل ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المصنوع وجب الضمان ولم يعتبر أمثاله وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبر جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحية لاثبات حكيم متنافيين ولو غصب ألفا فضارب المصنوع منه الغاصب وجعل رأس المال المصنوع كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعه للحكم ولان المطلوب كونه مستوفيا والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذ ارجع عليه بألف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجح وحله على الاستيفاء بضر المضارب فاختارنا أهون الامرين

(قوله فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل) أقول يعني حقه في الألف المدفوع

ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على مامر

ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعده هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبر اجمعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكيم متنافسين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجوع وجعله على الاستيفاء بضرب المضارب فاخترنا أهون الامر من بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلا نل قول المصنف لانه لا يمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجتمع الضمان كالغاصب اذا وكل ببيع المصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بجماعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله أن السبب في صورة توكل الغاصب ببيع المصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلا نل قوله وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتمام لان الضرر اللازم للموكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعدد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده أمانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلك في يد المودع من غير تعدد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بل ارب وأما ثالثا فلا نل قوله وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا أهون الامر من غير متمش فيما اذا هلك الألف والعدم معاذ لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فيستوفيه رب المال من الرجوع والتظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جاري في هذه الصورة ايضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحمدي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ما ذكر في الكتاب والثاني أن الوكلا لم يحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لا بطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجوع ولو حل على الاستيفاء يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار أهون الامر من الثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فأما المضارب فلا ينزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى (أقول) في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر أما في الاول فلما عرفت أنفاً وأما في الثاني والثالث فلا نل كل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة أما اقتضاء الثاني ذلك فلا نل ابطال حق الموكل بتحقيق الرجوع في المرة

بخلاف الوكيل لانه بمنزلة
البائع فضرره بهلاك الثمن
لا يوجب الرجوع على
المشتري وقوله ولو غصب
أنا الخ لم تثبت فيه رواية
تخرج الى الفرق بينهما
وقوله (ثم في الوكالة)
للفرق بين ما اذا دفع المال
ثم اشترى الوكيل وبين
ما اذا اشترى ثم دفع فانه
يرجع في الاول ويصير به
مستوفيا وفي الثاني لا يرجع
أصلا وكلامه فيه واضح
والله أعلم

(قوله بخلاف الوكيل
لانه بمنزلة البائع) أقول
حيث يجري بينهما مبادلة
حكيم كما تقدم

فصل في الاختلاف أخر هذا الفصل عما قبله لأنه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب إذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت إلى ألفا ورجحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى الشركة (٨٦) وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف

فصل في الاختلاف قال (وان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلى ألفا ورجحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للإثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقدر ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرط من جهته أو يدعى الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودیعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر

الاولى أيضا العلة مذكورة وأما اقتضاء الثالث أباه فلان انه زال الوكيل عن الوكالة لما تحقق بالاستبراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا عما يحدث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة أولى وأيضاً ردع إلى الوجه الثاني ما أورده ثانياً والثالث على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل توقف ثم أقول الحق عندى في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاءً لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكيمه كما مر في كتاب الوكالة فإذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه فإذا هلك بعد ذلك لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلاً فيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه إلا مرة فيما إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء وقد أشار إليه المصنف بقوله لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعّل مستوفياً له قبضه بعدما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصّر مستوفياً فإذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل

فصل في الاختلاف أي في الاختلاف بين رب المال والمضارب أخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لأنه الأصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودیعة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الاول ثم أقرضه اهـ وقد سبقه إلى هذا التوجيه تاج الشريعة (أقول) تسمية أحد المتخالفين مضارباً عند تحقق اتفاقهما على خلافه مجرد احتمال أن يكون مضارباً في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة جداً والاقرب عندى أنه سماه مضارباً للشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر قالوا اقترح شيئاً نجد لك طبخه * قلت اطبخوا لي جبة وقيصا (قوله لان المضارب يدعى عليه التملك) حل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعى عليه التملك على

في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالعاصب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض وإذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمضارب ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمضارب نصفه فالقول فيه أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا إذا أنكر الزيادة وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينه المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البينات للإثبات وإذا كان في صفقة رأس المال كما إذا قال من معه ألف

درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقدر رجحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله بما قبله لربح أو شرط من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودیعة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لان المضارب يدعى عليه التملك الربح وهو ينكر وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الاول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبينة للمضارب لانها تثبت التملك

ولو ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالقول للمضارب لاتفاقهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان اقامها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبل التصرف فالقول لرب المال اما اذا انكر الخصوص فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا (٨٧) انكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك منه ياله عن

العموم وله أنه ينهي عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نصا فهو هنا أولى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالقول قوله قياسا واستحسانا وان كان

المضارب يدعيه فالقول قوله مع عينه استحسانا لان الاصل فيها العموم والتخصيص

بالشرط بدليل أنه لو قال خذ هذا المال مضاربة

بالنصف صح ومالك به جميع التجارات فلو لم يكن مقتضى

العقد للعموم لم يصح العقد الا بالتخصيص على ما يوجب

التخصيص كالوكالة واذا كان كذلك كان مدعى العموم

متسكبا بالاصل فكان القول له ولو ادعى كل واحد منهما

نوعا فالقول لرب المال لاتفاقهما على التخصيص

والاذن مستفاد من جهته والبينة بينة المضارب

قال المصنف (لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة

الآخر الى البينة) واعترض عليه بأن البينة للاثبات

لالتنفي وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج

الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة

ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت البيعتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

تلك الربح حيث قال أي تلك الربح وسلك صاحب العناية أيضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تلك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بالتلك ههنا تلك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تلك أصل المال وأما تلك الربح فامر تابع لتلك أصل المال في هذه الدعوى فحمل تلك ههنا على تلك الربح لا يتخلو عن قبض أما أولا فلما أشرنا اليه من ان الاصل في دعوى الاستقراض دعوى تلك أصل المال وتلك الربح من فروغ ذلك وحمل التلك في الدليل على تلك الربح يوهم خلاف الاصل وأما ثانيا فلا ن دعوى تلك الربح قد تنفك عن دعوى تلك أصل المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تلك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تلك الربح وأما عليك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته أيضا اشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتتبع قواعد الفقه وأقوال الأئمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضا يحتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه بل بينة ورب المال أقوى بالقبول لاثباتها أمرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتأمل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعد على أيضا اه كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بأن البينة للاثبات لالتنفي وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمه اني الضمان فأقام المصنف اللازم مقام المألوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى هنا كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا مخالفته لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لانه ليس بمدعى شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن مستفاد من جهته كما تقرر فيما مر اتفاقا كان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكال ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقت البيعتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره ان تمام ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

تصرفه ويلزمه اني الضمان فأقام المصنف اللازم مقام المألوم كناية وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر ولا يحتاج الى بينة (ولو وقت البيعتان وقتا فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم يوقتا أو وقتا على السواء أو وقتا احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء عليهم ما مع الاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء عليهم ما تعمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

كتاب الوديعة

التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولاً على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف ولو وقت البينتان الخ وان لم توتقنا أو وقتنا على السواء أو وقت أحداهما دون الأخرى فالبيعة لرب المال (أقول) يرد عليه أن هذا يناقض ما ذكره المصنف من أن البيعة بينة المضارب إذا لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقت البينتان الخ شيئاً من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحها وتعميلها فقط ولكن قال بعدما استشكل قول المصنف فيما قبل والبيعة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم يثبت المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحد أو ذكر ما في الذخيرة من مصلح مندرج فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقت البينتان الخ فكان ذلك المسائل في تحرير صاحب النهاية منسوبة إلى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعتراؤه بأن ما ذكره المصنف ههنا مطابق لرواية الإيضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قدم في أول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة بلا تعليق شيء وفي العارية تعليق المنفعة بعوض وفي الهبة تعليق العين بلا عوض وفي الاجارة تعليق المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم فكان في الكل الترتي من الأدنى إلى الأعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيه اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من أشرف الخصال عقلاً وشرعاً قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجر الغنى والحيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة أقامت المملوك مقام المولك والحيانة أقامت المملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعملية تعني مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليهنئين أقوام عن ودعهم الجمعات أي عن تركهم أيها قال شمر زعمت النخوية ان العرب أما توام صدر يدع والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شيء يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين انتهى (أقول) فيه سماجة ظاهرة اذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك وإنما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الابتداء بل بعيد لا يساعد لفظه وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليم على حفظ المال (أقول) الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضاً هي المال المودع الذي يترك عند الامين لانفس التسليم على حفظ المال وان التسليم على حفظ المال هو الابداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الابداع لغة تسليم الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال يقال أودع زيد مالا واستودعته إياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فأنما مودع ومستودع يكسر الدال فيهما وزيد مودع ومستودع بالفخ فيهما والمال مودع ووديعة وشرعية تسليم الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الابداع بالتسليم المزبور دون الوديعة وقالوا المال مودع ووديعة (وأقول) فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضاً شيء لأن

والاجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة لا تعليق شيء وفي العارية تعليق المنفعة بعوض وفي الهبة تعليق العين بلا عوض وفي الاجارة تعليق المنفعة بعوض وهي أعلى من الهبة لانه عقد لازم واللازم أقوى وأعلى مما ليس بلازم ومن محاسنها اشتغالها على بذل منافع بدنه وماله في اعانة عباد الله تعالى واستيجابه الاجر والثناء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدور به عطائها من حيث التعاضد ولقد مر مراراً ومشروراً عينا بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها باطلاقة وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد أمين وفي الاصطلاح التسليم على حفظ المال وركنها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلاً كان أو قولاً والقبول من المودع حقيقة أو عرفاً فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا ووديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثم غاب الآخر وكان ضامناً لان هذا قبول للوديعة عرفاً وشرطها كون المال قابلاً لاثبات البد عليه لان الابداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون اثبات البد غير متصور فأبداع الطير في الهواء والعباد لا يبق غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده

قال (الوديعة أمانة في يد المودع) فقد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالتفتة في بيت غيره وإذا كان كذلك جازم على الأخص والوديعة أمانة في يد المودع (اذا هلك لم يضمنها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان) والغلول والاغلال الخيانة الآن الغلول في المغن خاصة والاغلال عام قيل فيه نظرا لانه ذكر في غريب (٨٩) الحديث أنه قول شرع ليس يحدت

مرفوع وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولان شرعها الحاجة الناس اليها فلو ضمن المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (وللودع أن يحفظه بنفسه وعن في عياله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا أودع عندها شيء جازلها أن تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الأب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط أن لا يملكه عن في عياله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم يشه عن الدفع اليهم (لان الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو انما يحفظ ماله عن في عياله فيجوز أن يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قبل العيال ليس بشرط فانه روى عن محمد أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عياله أودع الى أمين من أمثاله عن يتق به في ماله وليس في عياله

قال (الوديعة أمانة في يد المودع اذا هلك لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمنه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتعطل مصالحهم قال (وللودع أن يحفظه بنفسه وعن في عياله) لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

محصل ذلك ان معنى الودائع لغة أعم من معناها شرعية لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول أيضا بالمال لان المذكر فيها غنيد بيان معناها يقال أودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما أطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناها بل كان الاتق بهم أن يقولوا أودعته شيئا أودعته اليه ليكون وديعة عنده والمجب أن صاحب الكافي والكفاية بعد ان قالوا الودائع لغة تسلب الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال قالوا أيضا يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهد به شيء فهوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت أنفا فكان الاتق بهم سماجا ترك ذلك (قوله الوديعة أمانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلهما عبارتان عن معبر واحد فكيف يجوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الاعلى طريق التفسير كقولك الليث أسد والحبس منع وهو اراء المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جواز ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وجعل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصد والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردي الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وجعل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصد والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بأن هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه (أقول) يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة أصلها وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وجعل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة أعم من ذلك فانها قد تكون

(١٢ - تكملة سابق)

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول يخالف لما تقدم في الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صنعه (قوله والامانة أعم من ذلك الى قوله جازم على الأخص) أقول فيه أن الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانها أعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين

ولانه لايجب دامن الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة يتيه ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان
المالك راضيا به

بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالتفت في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص اه
كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منه بل
المراد بالوديعة ما ترك عند الامين اه (أقول) قد كان لاح لي ما ذكر من حديث كون الوديعة
بهذا المعنى مبينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ ان لا يصح قول المصنف الوديعة امانة في يد
المودع اذ التسليم على الحفظ امر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع ولكن دفعته مامعا بحمل
كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليم على الحفظ هو ما يحصل بسبب
التسليم على الحفظ فيكون حمل نفس التسليم على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا
أن تكون الوديعة في الحقيقة ما ترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه
وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لا بد من المصير اليه تصحيد الكلمات ثقات الناظرين في هذا
المقام فان ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهما ألا ترى انه قال في النهاية والكفاية
فالوديعة هي الاستحفاظ قصد او الامانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غايه البيان لان
الوديعة عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصد او الامانة قد تكون من غير قصد
الى غير ذلك من عبارات المشايخ بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعة
بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في أو خراب الاستثناء من كتاب
الافرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كالقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع
اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالتفت ثوبا في دار انسان وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من ان
الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من
غير صنع المقر من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال أو دعته كان على
هذا الخلاف وقد نهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه
الى الامام بدر الدين الكردي كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما لما هو
غير مضمون فكان قوله هو امانة عنده أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه
حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها وأراد بالوديعة ما وضع للامانة
بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ايقاعهما امتدادا وخبرا اه (أقول) فيه نظر اذ لو كان
المراد بالامانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتج الى ذكر قوله اذا هلك لم يضمن لقطع
بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلك لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه
الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون
ليس كذلك وليت شعري أي علم هذان أقسام الاعلام اه كلامه (أقول) دفع هذا سهلا لان
لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من اعلام الأجناس كاسامة فانه علم لجنس الاسد
وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من اعلام الأجناس التي ذكروها في كتب النصوص وبينوا
دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فنأقن مباحث ذلك في محالها
لا يشبه عليه الامر فيما نحن فيه (قوله ولانه لايجب دامن الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة يتيه
ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به) أقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المالك
راضيا به يشعر بكون مدارج جواز دفع الوديعة الى عياله رضا المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها

(قوله ولانه) دليل آخر على
ذلك وهو أنه أي المودع
(لايجب دامن الدفع الى
عياله لانه لا يمكنه ملازمة
يتيه) لا محالة (ولا استحباب
الوديعة عند خروجه) وهذا
معلوم للمودع (فيكون راضيا به)

فان حفظها بغيرهم) بأن ترك متافيه الوديعة وخرج وقبه غير عياله (أو أودعها غيرهم) بأن نقلها من يته وأودعها عند غيرهم) ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره) الخال أن (الأيدي تختلف في الأمانة) قيل هذا يناقض قوله لان الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك ايداع الوديعة أيضا وخطؤه ظاهر لان قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز الايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ (قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض المستعير والعبد المأذون والمكاتب فان أهم ولا ية فعل ما نعل بهم والوعد بالجواب في مظانها ولا بأس بد كرههنا اجمالاً وهو أن المستعير مالك للنفقة والمأذون يتصرف بحكم المالك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التملك (٩١) (والوضع في حرز الغير ايداع) كالتسليم اليه فيوجب الضمان (الا

اذا استأجره فيكون حافظا بحرز نفسه) (قوله الا أن يقع في داره حريق) استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره أو الالتقاء الى سفينة أخرى طريقاً للحفظ فيكون مرضى المالك وينتفى الضمان لكن من متهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والافتاء فصار كدعوى الاذن بالايدي فلا بد من إقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احتراق يته قبل قوله يعني بلائينة قال (فان طلبها صاحبها بنفسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها الخ) اذا طلب المودع الوديعة وجبها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعدي اذا المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة مالا

(فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالمالك لا يملك الايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال (الا أن يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فبعضه المالك ولا يصدق على ذلك الا بينة لانه يدعى ضرورة مسقط للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال (فان طلبها صاحبها بنفسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها) لانه متعدي بالنفع وهذا لانه لما طلبه لم يكن راضياً بما ساء له بعده فيضمنه بحسبه عنه قال (وان خططها المودع بحاله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة وقال اذا خططها بحسبها شره ان شاء) مثل أن يخطط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكن الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاك من وجهه دون وجهه فيميل الى أيهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل بتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة

اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى أحد من عياله فدفعها الى مالا بد منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فاذا ظاهراً مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجبداد من الدفع الى عياله فالأولى أن يترك فكان المالك راضياً به ويقال بدله فان امتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدرى للإمام الزاهدى (قوله فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة) أقول فيه أيضاً شئ وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يضمن أيضاً اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لان يدهم غير يدهم فلا يظهر أن يقال لان المالك رضى بيدهم لا بيد غيرهم على من خرج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدرى للإمام الزاهدى حيث قال لان الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه بيدهم رضاه بغيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة اه (أقول) هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست

رضى به المودع فاذا طلبه لم يرض به ذلك بما ساء له وقد حبسه فصار ضامناً والخلط الناقى لا يتميز تعدياً بوجوب الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة وقال ان خلط بالجنس شركة ان شاء مثل أن يخطط الدراهم البيض بثلثها والسود بثلثها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ولا تعذر الوصول الى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجهه دون وجهه فيميل الى أيهما شاء ولا ي حنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لانه بالقسمة وهى من أحكام الشركة

(قوله لان الايداع استحفاظ لا حفظ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة والقسمة نفسها من موجبات نفس الشركة

(فلا تصلح موجبة لها) لتلايقلب المعاول علة (ولو أبرأ) (المالك) الخاط سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لاحق له الا في الدين وقد أسقط
وعندهما تسقط خيرة الضمان لعين الدين لصرف الابرأ اليه فتبقى الشركة في المخلوط (و) ان خط المائع بغير الجنس ك(خط الحل) بالخاء
المهملة وهو دهن السمسم (زيت الزيتون) صار مذهبهما كذهب أي حنيفة (يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك
صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا
القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع (خط الحنطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك
كالجواب في خط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف المذكور (لأن أحدهما لا يتخلو عن حبات الاخر فبعضه عذر التميز) صورة ومعنى (وان
خط المائع بجنسه أو جب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أي يوسف يجعل الأقل تابعاً لأكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير
ويضمن لصاحب القليل (اعتبار الغالب أجزاء وعند محمد شركة بكل حال) أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره (لأن الجنس لا يغلب الجنس
عنده ما مر في الرضاع) اذا جع بين لبن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع ينبت الرضاع منهما جميعاً عند محمد (ونظيره خط الدراهم
بمثلها اذا بصيرورته مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كالأشقي الكيسان فاختلفا صارا شر يكتن لانه لم يصنع شيئاً
يوح الضمان وهذا بالاتفاق) فان هلك البعض كان من مالهما جميعاً اذا لاصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على
الشركة (فان أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقاً والبعض به خطاً لا يقال فاجعل الرد قضاء
لاخطا لعدم تفرد بالقضاء بغير محضر من صاحبه (٩٣) ولولم يرد ما أنفق كان ضامناً لما أنفق دون ما بقي منه البقاء الحفظ فيه وبما أنفق

لم يتعيب الباقي فان هذا
مما لا يضره التبعض اذ
الكلام فيه وان أخذوا
ينفق ثم بدله فردّه الى موضعه
فهلك فلا ضمان عليه
لان أخذه لم يناف الحفظ
وبعبد النية لا يصير ضامناً
كالقوى أن يغصب مال
انسان ولم يفعل قال (واذا
تعدى المودع في الوديعة
الح) واذا تعدى المودع في
الوديعة فركب الدابة أو
لبس الثوب أو استخدم
العبد أو أودعها عند غيره ثم

فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخاط لا سبيل له على المخلوط عند أي حنيفة لانه لاحق له الا في الدين وقد
سقط وعندهما بالابرأ تسقط خيرة الضمان فتبقى الشركة في المخلوط وخط الحل بالزيت وكل
مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى
تعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خط الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما
لا يتخلو عن حبات الاخر فبعضه عذر التميز والقسمة ولو خط المائع بجنسه فعند أي حنيفة ينقطع حق
المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند أي يوسف يجعل الأقل تابعاً لأكثر اعتبار الغالب أجزاء وعند محمد
شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خط الدراهم بمثلها اذا بصيرورته
لانه يصير مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شرك فيهما) كما اذا اشق الكيسان
فاختلفا لانه لا يضمنهما لعدم الصنع منه فبشركان وهذا بالاتفاق قال (فان أنفق المودع بعضها ثم رد
مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم قال
(واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم
أزال التعدى فردّها الى يده زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع
حين صار ضامناً للنساقه فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لا طلاقه وارتفاع حكم العقد
ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد

أزال التعدى فردّها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار
ضامناً لان الوديعة لكونها أمانة تشافى الضمان واذا ثبت الضمان اتفق المتأني الآخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان
الامر باق لا طلاقه عن التمسيد بوقت فموجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة
ثبوت نقيضه وهو الامانة بالخالفه والثابت بالضرورة بتقدير الضرورة وهي تندفع بانباته مادامت المخالفة باقية فلا يتعدى الى
ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعورض بأن الامر باق فيكون مأموراً بالحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد لا من
الاصل كالجود فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاقرار بعد الجود وأجيب بأننا لا نسلم أن المخالفة فيه رد من الاصل لان بطلان
الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله أو بما ينافي به والمخالفة ليست بموضوع لابطال الادعاء ولا تنافيه ألا ترى أن الامر
بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للعاصب أو دعيتك وهو مستعمل بخلاف الجود فانه قول موضوع الرد فيجوز أن يكون رد
لقول مثله ألا ترى أن الجود في أوامر الشرع رد لها يكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم أو موبه ليست برد ولهذا لا يكفر بها

(قوله لان أحدهما لا يتخلو عن حبات الاخر) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ (قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لاخطا لعدم
تفرد) أقول قوله لعدم تفرد جواب لقوله لا يقال فاجعل الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة) أقول الظاهر أن
يقال وهو الخيانة

(قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسألة الوديعة بالاستحجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض أوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره للعفظ شهر افترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعتبر من بأن هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد بدمه بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد لازم وغير لازم في الانتفاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعارية والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستحجار وود العقد على منفعة الحفظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقي البقاء المعقود عليه فكذا في الحفظ بغير بدل وقوله (حصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر وقوله (ولو بجدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندى وديعة (لا يضمنها عند أبي يوسف) وكذا لو بجدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندى وديعة (خلافا لفرق) وانما ذكر خلافهما فحسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قيل لان هذا الفصل غير مذكور (٩٣) في المبسوط وانما ذكر في اختلاف زفر

ويعقوب فذكر كذلك وجهه
قول زفر أن الخو دسب
للضمان سواء كان عند
المالك أولا كالاتلاف
حقيقة ووجه قول أبي
يوسف ما ذكره أنه من باب
الحفظ لان فيه قطع طمع
الطامعين قال (وللودع أن
يسافر بالوديعة الخ)
وللودع أن يسافر بالوديعة
وان كان لها جمل وموثة
قالوا اذا كان الطريق آمنا
فان كان مخوفا ضمن
بالاتفاق واذا كان آمنا وله
بمن السفر فكذلك وان
لم يكن وسافر بأهله لا يضمن
وان سافر بنفسه ضمن لانه
أمكنه تركها في أهله ولا

كما اذا استأجره للعفظ شهر افترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجدها ضمنها) لانه لما طال به بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يسر أعين الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد رفع من جهته والخو دسب من جهة المودع كعود الوكيل الى كالة وجوه أحد الما قسدين البيع فتم الرفع أولان المودع يتفرد بعزل نفسه بمحض من المستودع كالوكيل بملك عزل نفسه بمحضه الوكيل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجدد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو بجدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف خلافا لفرق لان الخو دسب غير من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محض منه أو طلبه فبقى الامر بخلاف ما اذا كان بمحضه قال (وللودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها جمل وموثة عند أبي حنيفة وقال ليس له ذلك اذا كان لها جمل وموثة) وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للعطف اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصى في مال الصبي

من موجبات الشركة قطعاً اذا شئت أنه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء بل يجوز أن يتصرف فيه على الاشتراك من غير قسمة أبداً فاعلم الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لثلاثيقلب المعاول علة فان المعاول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشركة ونفس الشركة بعد أن تتعلق مشيئتهما وكلاهما كانا بوجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها جمل وموثة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا

فرق بين السفر الطويل والقصر وقال ليس له ذلك اذا كان لها جمل وموثة وقد تقدم معنى الجمل والموثة لكن قيل عند أبي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان لها جمل وموثة أولا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الامر به بالحفظ مطلقا فلا يقيده بزمان كما لا يقيده بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المفازة ليس محل للعطف أجاب بقوله والمفازة محل للعطف اذا كان الطريق آمنا ولهذا أي ولكون المفازة محلا للعطف يملك الاب والوصى المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مضمونا لما جازاه ما ذلك قبل مسافرة الاب والوصى بمال الصبي للتجارة والناس يحاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولا يهتم على مال الصبي نظرية وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف لما جاز حيث جاز بالاتفاق اتفق وهم التلف

(قوله قيل لان هذا الخ) اقول قائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر بأهله الخ) اقول بخالف لما في غاية البيان (قوله لان ولا يهتم على مال الصبي نظرية) اقول لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لان المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر أنه لا يرضى به فتقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفواً (٩٤) قياساً على القين اليسير في التجارات والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو

الحفظ في الامصار وجعله كالاستحفاظ بالاجر فانه اذا استأجر رجلاً شهراً بجرهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قوليهما وتقرر يره سألنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضروره امتثال المسودع أمره فانه أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع إلى المالك فلا يبالى به وقوله (والمعتاد كونهم في المصر) جواب عن قول الشافعي يعني ان المعتاد كون المودع عين وقت الايداع في المصر (لأحفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الامصار (بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد واذا انهاء المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقيد مفيد اذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً) قال (واذا أودع رجلاً عند رجل وديعة الخ) اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقي لم يجز للمودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقال يدفع اليه

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حل ومؤنة الظاهر أنه لا يرضى به فتقيد بالشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار ومار كالاستحفاظ بالجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضروره امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا يحفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بالجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد (واذا انهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لان التقيد مفيد اذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً قال (واذا أودع رجلاً عند رجل وديعة فخرجها من أحدهم ما وطلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة وقال يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للعاصر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك والخلاف في المكمل

كان الطريق أمنافان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق واذا كان آمناً وله بدمن السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اه (أقول) هذا تخير بمحتل وحل فاسد لانه ان كان مقبول القول في قالوا مجموع ما ذكره بان كان قوله اذا كان الطريق آمناً شرطاً وما بعده جزاءه فسد المعنى جداً اذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفاً قسماً مما كان آمناً فلزم أن يكون ضد الشيء قسماً منه وهو باطل قطعاً وان كان مقبول ذلك قوله اذا كان الطريق آمناً فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمناً كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق بياناً للحكم كون الطريق مخوفاً في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمناً وله بدمن السفر الخ تفصيلاً للحكم كون الطريق آمناً في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضاً لانه ان أراد بقوله اذا كان الطريق آمناً في قوله قالوا اذا كان الطريق آمناً ما هو عام لما كان له بدمن السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل واذا كان آمناً وله بدمن السفر فكذلك منافياً لذلك قطعاً وان أراد بذلك ما هو مقيد بان لم يكن له بدمن السفر فرفع كون الانظ غير مساعد له بنافيه وقوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان بخلاف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ وبدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعده واذا انهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب الفقه ولم ينقل عن أحد نقط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في مسودة اذا كان الطريق آمناً وله بدمن المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكره اذ كان التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفاً وان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تحريم صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمناً ما اذا كان مخوفاً وله بدمن السفر ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصى وان لم يكن له بدمن السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها في أهله كذا في الجامع الصغير لقاضيان اه وتخبر صاحب الكافي ومعراج الدراية حيث قال هذا اذا لم يعين المالك العمر للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ في المصر فساfran كان سفره له منه بدمن وان كان سفره لا يبدل منه فان أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بأن أمكنه أن يترك واحداً من عماله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكأن صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للعاصر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بوضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكمل

نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض والموزون فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بوضع الخلاف المذكور في مختصر القدوري من قوله وديعة المكمل

أنه طالب به بدفع نصيبه
فيؤمر بالدفع اليه كافي
الدين المشترك وهذا انه
يطالبه بتسليم ما سلم اليه
وهو النصف ومن طالب

ما سلم لم يمنع منه ولهذا كان
له أن يأخذه وإن كان في يد
المودع بالاتفاق ولا يبي خنيقة

لأنهم أنه طالبه بتسليم نصيبه
بل يدفع نصيب الغائب لأنه
يطالبه بالمفروض وحقه ليس

فيه لان المفروض المعين يشتمل
على الحقيق ولا يتميز حقه الا
بالقسمة وليس للودع ولاية

القسمه لانه ليس بوكيل في
الث ولهدا لا يقع دفعه قسمه
بالاجماع بخلاف الدين

المشرك لأنه يطالبه بتسليم
حقه أى حق المدين لان
الديون تقضى بامثلها فلا

لا ان لا يتصور فيه نظران

عليه ذلك والحق ان الضمير
في قوله ان الضمير

نفسه لم يحقه أي بقاء

حقه وحقه من حيث
لقضاء ليس بمشترك بينهما
أن الدون تقضي بأمثالها

والقضاء بما يقع بالمقامرة
له وفيه نظر لأن الانسان

والموزون لان المذ كور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحضر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذ كور فيه الالف وهو موزون لم يثبت اذ لا يسلك أن الالف انما اذ كرهه على

سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولوا فأن ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكمل أصلاً باعتقضى قوله وهو موزون ولا للوزون الذي هو غير الألف فيضون المطلوب وقال في معراج الدراية قال أبو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعه ذلك أن رواية

كتاب الوديعه القاضى لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز أن يقول قائل ان كان القاضى لا يأمر المودع بالدفع فله أن يأخذ ديانته فلما تأمل فى الجامع ليس له أن يأخذها زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعه فى اثنين ورواية الجامع فى الثلاثة فلو لا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول

نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا لا أكثر فلا يؤخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تبعا فله أخذ فقيل برواية الجامع أن كلهم مساو انتهى (أقول) في الغائبة الأخرى نظر لأن دعوى المستأجر في رتبة الخاصة

الصغير أن ليس الحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل أن علة عدم الأخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يؤيد لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال واعتماد دفعه رواية كتاب الدعوى لأن نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتهمة أن يكون علة

عدم دفع نصيب الحاضر اليه قبل نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعه
بذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي
يوسف وعجمي في هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فينبذ تظهر على ترتيب الكتاب تأما تقول (قوله)

مخالفة الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه) أى حق المدين (لأن الدين يقتضى بأمثالها) لا يكون هذا تصرفاً فى حق الغير بل يكون المدين متصرفاً فى مال نفسه فيجوز كذا فى النهاية وغيرها
قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولاً هكذا وفه نظر لأن الإنسان لا يملك بالتصرف فى

ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك انتهى (أقول) هذا النظر في غاية السقوط لان المدين مأمور
لأنه لا تصرف في ماله بالدفع الى من يجب له عليه ذلك لا الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على
المدين قضاء دينه فله الم تصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من أن يقضى عنه وهو على المدين

داشتن دفع مثل دینه من مال نفسه الى دائته فكان مأمورا به وبالجمله ليس كل ما يجب على انسان
نسان دفع عين ما اخذ منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فصلاحه وورقه قطعاً ثم قال

والمنزل مال المديون ليس بمشترك بينهما

(قوله لان المذكور فيه) أقول يعني المذكور في الجامع الصغير (قوله أي حق المديون) أقول يعني ماله (قوله وفيه نظر) لأن الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الومن لا يجب له عليه ذلك) أقول يتكفل بدفعه قوله لأن الدين تقضى بأمانها

وقوله (له أن يأخذه) جواب عن قوله - ما ولهذا كان له أن يأخذه وتقر به جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز يعني من لوازمه لانفكاكه عنه كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغيره أي لغير مريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع إليه قوله (وإن أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ولكنهما يقسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك الجواب عنده في المرتين والوكيلين بالشرا إذا سلم أحدهما إلى الآخر وقال لا أحدهما أن يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لأن الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتعزى تساؤل البعض دون الكل فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لأن مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه أثناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال

صاحب العناية والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للديون كما وقع في الشروح ومعناه لأن الشريك يطالب المدينون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لأن الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولان كلام المصنف لا يساعده لأن الضمير في حقه لو كان للشريك دون المدينون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالب به بتسليم حقه بقوله لأن الديون تقضى بأمثالها إذ كون قضاء الديون بأمثالها لا باعتبارها لا يدل على أن الشريك يطالب المدينون بتسليم حقه نفسه لأن المثل مال المدينون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المدينون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق المدينون وهذا مما لا يستره وأما ثانيا فلا لأن ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الإنسان مأمورا بالتصرف في ماله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لأن الديون تقضى بأمثالها والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى وهذا أحق بما توهمه كآثرى والمدفع ما أوضحناه من قبل (قوله قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو لا ممان على مامر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع إلى القائل المهودي في الذهن أي قول القائل نصرته لقولهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم لتوجيه أفراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب عن قول الاماميين له أن يأخذه تقر به أن جواز الأخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع إذ الجبر ليس من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفكاكه عنه كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغيره أي لغير مريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع إليه كذا في العناية وغيرها (أقول) هنا اشكال وهو أن هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فإن جواب المسئلة فيها فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وهذا دل على عدم جواز أخذ أحد الشريرين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وإن لم يجبر المودع على دفع ذلك إليه عنده بجواز أخذه لغير مريم المودع بالكسر ما أودعه عند إنسان إذا ظفر به من المودع بالفتح وإن لم يكن للمودع أن يدفعه إليه إذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجوز أخذ الشرير

(وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها لي زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) معناه إذا لم يكن له من التسليم اليها بد علم ذلك من رواة الجامع الصغير حيث قال (إذا نهى أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهى عن الدفع إلى غلامه أو كانت شاة يحفظ على أيدي النساء فنهى عن الدفع إلى امرأته) وهذا معنى قوله (وهو محمل الأول) والأصل فيه أن الشرط إذا كان مفيداً والعمل به ممكن أو جازم أو واجب الضمان وإذا لم يكن مفيداً أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه بلغو وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهلك ضمن وإذا نهى عن الحفظ في بيت من دار حفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها أرعن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لأن الأول غير مفيد والثاني غير مقدور العمل به (٩٧) قال (ومن أودع رجلاً وديعة الخ)

إذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة وبخبر المال في تضمن أيهما شاء عندهما لأنه قبض من ضمنين لأن المالك لم يرض بغيره فكان الأول متعدياً بالتسليم إلى الثاني والثاني قد قبض منه والقبض من الضمين ضمين كما ودع الغاصب غير أنه ان ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولا يـ خفيفة أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بحضرة رأيه وتدبيره لا من حفظ بصورة يده ولهذا أودع إلى من يحفظه بحضرة كعباله فهلك عنده لم يضمن بالاتفاق فإذا لم يكن بالدفع

قال (وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها لي زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير إذا نهى أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد له منه لا يضمن) كما إذا كانت الوديعة دابة فنهى عن الدفع إلى غلامه أو كانت شاة يحفظ على أيدي النساء فنهى عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول لأنه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وإن كان مفيداً فبلغو (وإن كان له منه بد ضمن) لأن الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤتمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وإن قال أحفظها في هذا البيت لحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لأن الشرط غير مفيد فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز (وإن حفظها في دار أخرى ضمن) لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيداً فصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهى عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الأول وليس له أن يضمن الثاني وهذا عند أبي حنيفة وقاله أن يضمن أيهما شاء فإن ضمن الآخر رجوع على الأول) لهما أنه قبض المال من يد ضمنين فيضمنه كودع الغاصب وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني يرجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ بالضرورة فلا تعدى منهما فإذا فارقته فقد ترك الحفظ المتلزم فيضمنه بذلك وأما الثاني فستمر على الحالة الأولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالرجح إذا ألقى في حجره ثوب غيره

الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك إليه عند أبي حنيفة لما احتج في الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه إلى التثبت بحديث أن ليس من ضرورات جواز الأخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الأخذ أيضاً فالجواب المزبور أيضاً انما يتمشى على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر وأعلم أن صاحب غاية البيان قال في شرح قولهما ولهذا كان له أن يأخذه فكذا هو يؤمر بالدفع إليه ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذا هنا أنه لا يأخذ نصيبه من المودع

(١٣ - تكمله سابع)

ضامنالم يكن قبض الثاني من ضمن فلم يوجد تعدد منهما فإذا فارقته فقد ترك الحفظ المتلزم فيه ضمنه وأما الثاني فستمر على الحالة الأولى وهو القبض من أمين إذا لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالرجح إذا ألقى في حجره ثوب غيره

قال المصنف (ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر الخ) أقول في أوائل كتاب الصلح من المسبوط المودع إذا وقع الحسرى في يده فتناول الوديعة جازاله كان ضامناً في القياس انتهى لأن المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصاً وإن لا يدفع إلى أجنبي ثم قال في المسبوط وفي الاختسان لا يكون ضامناً لأن الدفع إلى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة

(واذا كان في يد رجل ألف فادعى رجلان كل واحد منهما ما عليه ألف أو دعها إياه وأبى أن يحلف لهما فإلّا فبينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهم ما على الانفراد لتغاير الحقيقتين وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيًا للثمة المبسلة ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وأن نكل أعنى للثاني يقضى له لوجود الحجة وأن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

قال المصنف (إن دعوى كل واحد منهم ما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بأن يودعه أحدهما فبشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى (أقول) ليس هذا بشيء لأن ما ذكر في أصل المسئلة من قوله فادعها رجلان كل واحد منهما أنهما أودعها إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له في الحال أودعها إياه ولا شك أن العين الواحدة لا يتصور أن يكون ملكا لاثنتين بكمالها في حالة واحدة ولأن يكون مودعا من اثنتين بكمالها في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال أي داع أحدهما للألف من هي في يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه بسلعة من الآخر وتسليمها إليه فكيف يحتمل أن يصدقا معا في دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقيقتين لأن كل واحد منهما يدعى ألفا (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما ما ادعى ألفا معا وهو ما في يد المادعى عليه كما صرح به في وضع المسئلة والنه قد تتعين في الودائع على ما تقر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقيقتين ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقيقتين بينهما آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فليس كل منهما حاق في عيئه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا عيئه انتهى (أقول) ليس هذا بقيد ههنا لأن ما يقضى به أن يكون لكل منهما حاق في عيئه إنما هو عدم الاكتفاء لتخليفه لأحدهما فقط وهذا لا يستلزم تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلب ههنا بل يحصل بتخليفه لهما معا وإنما الذي يقتضى تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراه أن يكون لكل واحد منهما ما ادعى في عيئه ألا ترى أنهم لو ادعى من أحدهما شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حاق في عيئه فقطع مع أنه لا يجب هناك تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد ولا يظهر في تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وإنما يحلف لكل واحد منهما بما انفرد به لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى

قال (ومن كان في يده ألف فادعها رجلان كل واحد منهما ما عليه ألف أو دعها إياه وأبى أن يحلف لهما فإلّا فبينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهم ما على الانفراد لتغاير الحقيقتين وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيًا للثمة المبسلة ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وأن نكل أعنى للثاني يقضى له لوجود الحجة وأن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

وقال في شرح الجواب عنه والجواب عن قوله ما لو كان في أيديهم ما كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غيره بيمينه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهو هذا معنى قوله كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغيره أن يأخذها إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه إليه إلى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستخراج يقتضي هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دراية بأساليب الكلام أن تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد منهما على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون الألف الواحدة مودعا عند اثنين بكمالها كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كافة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بأن يودعه أحدهما فبشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من ثمنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى (أقول) ليس هذا بشيء لأن ما ذكر في أصل المسئلة من قوله فادعها رجلان كل واحد منهما أنهما أودعها إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنها ملك له في الحال أودعها إياه ولا شك أن العين الواحدة لا يتصور أن يكون ملكا لاثنتين بكمالها في حالة واحدة ولأن يكون مودعا من اثنتين بكمالها في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال أي داع أحدهما للألف من هي في يده وزال ملكه عنها أيضا باشترائه بسلعة من الآخر وتسليمها إليه فكيف يحتمل أن يصدقا معا في دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقيقتين لأن كل واحد منهما يدعى ألفا (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما ما ادعى ألفا معا وهو ما في يد المادعى عليه كما صرح به في وضع المسئلة والنه قد تتعين في الودائع على ما تقر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقيقتين ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقيقتين بينهما آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فليس كل منهما حاق في عيئه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا عيئه انتهى (أقول) ليس هذا بقيد ههنا لأن ما يقضى به أن يكون لكل منهما حاق في عيئه إنما هو عدم الاكتفاء لتخليفه لأحدهما فقط وهذا لا يستلزم تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلب ههنا بل يحصل بتخليفه لهما معا وإنما الذي يقتضى تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر وراه أن يكون لكل واحد منهما ما ادعى في عيئه ألا ترى أنهم لو ادعى من أحدهما شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حاق في عيئه فقطع مع أنه لا يجب هناك تخليفه لكل واحد منهما على الانفراد ولا يظهر في تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وإنما يحلف لكل واحد منهما بما انفرد به لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى

(قوله فيكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالالف الاول والثاني أو لهما جميعا لأنه لو حلف للثاني فلا شيء وهو الف كاه الاول (ولو نكل للثاني أيضا كان الف بينهما) فذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لأنه) أي لان المودع المنكر (أو جب الحق لكل واحد منهما ببذله) عند أي حنيفة (وبأقراره) عندهما (ولو قضى الاول حين نكل قال الامام علي البرزوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضى بينهما لان القضاء الاول لا يبطل حق الثاني لان القاضي قد علم ما يختاره أو بالفرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر أنه اذا حلف للثاني ماذا حكمه وقال أخوه في شرح الجامع الصغير فان حلف يقضى بنكوله الاول وقوله (لكونه اقرارا) أي لكون النكول اقرارا (لدلالة) وقوله (ما هذا العبدل) يعني لا يقتصر على لفظ العبدل يضم اليه ولا قيمته لأنه لما أقر به الاول وثبت به حق الاول لا يفقد اقراره للقاضي لأنه لا يمكن دفعه الى الثاني بعد ذلك وقوله (بناء) أي قال الخصاص يحلفه (٩٩) عند محمد بن سنان (على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى

غيره يضمها عند محمد خلا فالابي يوسف) كما اذا أقر بالوديعة لانسان ثم قال أحطت بل هي لهذا كان عليه أن يدفعها الى الاول لان اقراره بها صحيح ورجوعه به بعد ذلك باطل ويضم من لا آخر قيمتها لاقراره انها للثاني وأنه صار مستهلكا على الثاني لاقراره بها الاول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الاول غير قضاء فان دفعها به قضاء فكذلك في قول محمد خلا فالابي يوسف لان مجرد اقراره لم يقوت على أحد شيئا وانما القوت بالدفع الى الاول وقد كان ذلك بقضاء فلا يضمن ولمحمد أنه سلب القاضي على القضاء بها الاول لاقراره وقد أقر أنه مودع للثاني والمودع اذا سلب على الوديعة غيره صار ضامنا للمسئلة تفريعات

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فيكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني أيضا يقضى بما بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا أقام البينة ويغرم الفأ أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بأقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه للقاضي الثاني الاول حين نكل ذكر الامام علي البرزوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضى بما بينهما لان القضاء الاول لا يبطل حق الثاني لأنه قد علم ما بنفسه أو بالفرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاص أنه ينفذ قضاؤه الاول ووضع المسئلة في العبد وانما ينفذ لمصادفته محلي الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى الاول ولا ينتظر لكونه اقرارا لدلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبدل لان نكوله لا يفيد بعد ما صار الاول وهل يحلفه بالقسم هذا اعلمك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغي أن يحلفه عند محمد رحمه الله عنه لافا لابي يوسف بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمه عند محمد خلا فانه وهذه أربعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطباء والله أعلم

كتاب العارية

قال (العارية جارة) لانها نوع احسان وقد استعار النبي عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان انتهى تدبر (قوله) أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فيكشف وجه القضاء) قال صاحب العنابة في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف الاول والثاني أو لهما جميعا لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله الاول ولو نكل للثاني أيضا كان الف بينهما انتهى (أقول) لا صحة لقوله وللثاني ادلا احتمال للقضاء بالالف الثاني بعد نكول ذي اليد الاول والكلام فيه فالمحتمل هنا وجهان لا غير والعجب أنه قال في التعليل أنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله الاول ولو نكل للثاني أيضا كان الف بينهما وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو أن سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف لهما أو لأحدهما فتوههم المشرح المزبور ان قولهم أو لأحدهما أي الاول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الاول

كتاب العارية

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية

ذ كرت في المطولات والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب العارية

فلذا كرا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسن ما دفع حاجة المحتاج قبل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير فوبة في الانتفاع بملكه الى أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلاف في تعريفها اصطلاحا

(قوله يقضى بالالف الاول والثاني) أقول في قوله أول والثاني بحث (قوله لا يفيد اقراره به) أقول في لغو ذكر العبد قال المصنف قال ينبغي أن يحلفه عند محمد الى قوله بناء على أن المودع أقول قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء فقول له لقوله قال أو حال من فاعله

كتاب العارية

فقال عامة العلماء (هي غلبتك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قبل وهو قول الشافعي قال (لأنها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان التملك لا ينعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التملك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لان تملك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان غلبتك للمجهول وأما الثالث فلان المعبر بملك النهي عن الاستعمال ولو كان تملك المالك كالايجر لا يملك نهى المستاجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان المستاجر يجوز أن يؤجر المستاجر لملكه المنافع فلو كانت الاعارة تملكك الاجارة ذلك كما في الاجارة والهبة (وقال عامة العلماء أنها تنبئ عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية) وهي إنما تكون تملك (ولهذا تنعقد بلفظ التملك) مثل أن يقول ملكتك منفعة دارى هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التملك فهو غلبتك فان قيل المنافع أعراض لا تنبئ فلا تقبل التملك أجاب بقوله (والمنافع قابلة للآل كالاعيان) (١٠٠) وبقي على ذلك قوله (والتملك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الاعيان

(وهي غلبتك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لأنها تنعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهة التي لا يصح التملك ولذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك والمنافع قابلة للآل كالاعيان والتملك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعبرت للتملك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي غلبتك

لغة وشريعة أما لغة فقد قال الجوهري في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعاردة مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعملية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالعاردة من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قبل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكبل والموزون قرضاً لانه لا ينتفع بها الا باسـتهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وإنما تعود النوبة اليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن غلبتك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبئ عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أن يمنع كون العارية من العربية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح أو من العارة كما ذكر في المغرب أو من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت ابتداء لفظ العارية عن التملك وثانيهما أن الخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التملك لا يدل على

تقبل النوعين فكذلك المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعروف اذا عرف شيئاً بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذلك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعدياً الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن

أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي فان كان الاول فاذ كرفي بيانه يجعل إيمان المناسبة كونهها لا استدلالاً على ذلك وان كان الثاني جعل بيانها لخواص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سائماً من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهره فالجمل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة) جواب عن قول الكرخي أنها تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه أن ذلك مجاز كما أن الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تملك

قال المصنف (وهي غلبتك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لتد كير الخبر وهما هي (قوله ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي فان كان الاول فاذ كرفي بيانه يجعل إيمان المناسبة لا استدلالاً) أقول ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقاً لا تصورياً (قوله ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشيء لا يحمل عليه بالموطأ (قوله كان سائماً من الشكوك) أقول أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا

كأنها معنى التملك دون الإباحة لجواز أن يكون لفظ التملك هنالك مستعار المعنى الإباحة لعلاقة لزوم الإباحة للتملك كما قلتم في الجواب عن انعتابها بلفظة الإباحة أن لفظة الإباحة استعيرت للتملك على ما سأتى في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الأول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لأن المعرفة إذا عرفت شيئا بالجامع والمنافع فإن سلم من النقض فذلك وإن انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض أن أمكن وأما الاستدلال فأنما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لأن من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا إلى فرع هو نظيره والمنافع ليست تطير الأعيان إلى هنا كلامه (أقول) كل واحد من أوجهه مجتهد ساقط أما الأول فلأن ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعترف كأن يقال هذا التعريف هو الصحيح أو هو الحق ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة إنما وردت على الأحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب أن أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك وأما الثاني فلأن المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات بل أراد اثبات قبول المنافع لنوع التملك بالقياس على قبول الأعيان لهما وقصد اثبات هذا دفع توهم الخصم أن المنافع أعراض لا تنقبض التملك كما صرح به الشارح المذکور ولا يخفى أن قبول الأعيان لنوع التملك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته إلى قبول المنافع لهما أيضا وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله والمنافع ليست تطير الأعيان أنه ليست نظيره من كل الوجوه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا إذ لا يشترط في صحة القياس اشتراط الفرع مع الأصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرفت في أصول الفقه وإن أراد أنه ليست نظيره في علة الحكم فهو ممنوع فإن علة الحكم الذي هو القبول لنوع التملك فيما نحن فيه إنما هي دفع الحاجة وهما أي الأعيان والمنافع مشتركة في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لاستدلال على ذلك وإن كان الثاني جعل بيان الخواص يعرف بها العارية انتهى (أقول) وفيه بحث من أوجه الأول أن هذا التعريف إن كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه إذ قد تقرر في محله أن ما ل التعريف اللفظي إلى التصديق والحكم بأن هذا اللفظ بأزاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للنقض بخلاف التعريف الحقيقي إذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فإن كان الأول فما ذكر في بيانه يجعل لبيان المناسبة لاستدلال على ذلك والثاني أنه قد تقرر في موضعه أيضا أن التعريف الرسمي الذي بالخواص إنما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك أن الوازم البينة لا يحتاج إلى البيان فلا وجه لقوله وإن كان الثاني جعل بيان الخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر أن ضمير عنها في قوله ويمكن أن يجاب عنها راجع إلى وجه بحثه مع أن ما ذكره في الجواب على تقريره إنما يكون جوابا عن الوجه الأول من تلك الأوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولوجعلنا المذکور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا فالجمل عليه أولى انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلأنه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقى

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم الزوم ووجه آخر أن الملك في العارية يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله (والنهي منع عن التصديق) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تملك بل من حيث أنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعدوله ذلك (١٠٣) لكونها عقدا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أي وقت شاء كأي الهبة وقوله

والجهالة لا تنفي إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التصديق فلا يتصل بالمنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما ذكره الله تعالى قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) لأنه مستعمل فيه

البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله كان سالماً من الشكوك وأما ثانياً فلأن قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض يحمل التملك عليه بالمواظاة فيبقى ظاهراً كون المذكور في الكتاب حكم العارية إذ حكم الشيء لا يحمل عليه المواظاة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهراً وأما ثالثاً فلأن توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحاً فقال عامة العلماء هي تملك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالماً من الشكوك أمان من الأول فسلم وأمان من الأخير بن فلا انتهى (أقول) سلامته من الثاني أيضاً ظاهر إذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (قوله) والجهالة لا تنفي إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم الزوم فلا تكون ضائرة كذا في الشروع قال صاحب الكافي في تقريره هذا المحل وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لا تنفي إلى المنازعة لأن العيار أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونهم غير لازمة والجهالة التي لا تنفي إلى المنازعة لا تنفي صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لأن قوله وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن لم يصح التملك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بصحة العارية مع جهالة المدة وإن اعترفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جواباً عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التملك لأن مقصوده الاستدلال على أن العارية هي الإباحة دون التملك لا على أنه غير صحيحة مع الجهالة قالوا في العبارة أن يقول وإنما صححت العارية مع جهالة المدة وإن كانت هي التملك لأن هذه الجهالة لا تنفي إلى المنازعة الخ تأمل (قوله) وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظراً لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فإشارتي إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة (أقول فيه تأمل) الفضلاء بأن قال فيه تأمل فان تخصيص الأولي بكونها صريحة بوجههم أن الثانية ليست كذلك فلا تخصم مادة الاشكال

(ولا يملك الاجارة) جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجي وهذا ما يتعلق بتقسيمها أو حكمها أو شرطها قابلية العيين للانتفاع بها مع بقائها وسببها ما مر من أن من التعاضد المحتاج إليه المدين بالطبع وهي عقد جائز لأنه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعاً من صفوان وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها الشدة لتعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الالفاظ التي تنهـ قد بينا العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه قيل أي مجاز فيه وفي عبارته نظراً لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فإشارتي إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة (أقول فيه تأمل) الفضلاء بأن قال فيه تأمل فان تخصيص الأولي بكونها صريحة بوجههم أن الثانية ليست كذلك فلا تخصم مادة الاشكال

مادة

الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة

(قوله فكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث (قوله فلا فرق إذا بين العبارتين) أقول أي أعرتك وأطعمتك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجاز فإشارتي إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الأولي بكونها صريحة بوجههم أن الثانية ليست كذلك فلا تخصم مادة الاشكال

ومختك هذا الثوب أى أعطيتك المنفعة وهى النافعة أى أو الشاة يعطى الرجل الرجل يشرب من لبنها ثم يردّها إذا ذهب درهمان كثر حتى قيل فى كل من أعطى شيئا من وجعلك على هذه الدابة إذا لم يردبه أى بقوله هذا الهبة لانها التملك العين عرفا وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تملك المنافع تجوزا من حيث العرف العام وأخذت منك هذا العبد لانه أذن له فى الاستخدام وهى العارية ودارى سكنى لأن معناه سكنها هاك وهى العارية ودارى لك عمري سكنى لانه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسير قوله لك لانه منصوب على التيسير من قوله لك لان قوله لك يحتمل تملك العين وملك المنفعة فاذا ميزه تعيين فى المنفعة فحمل الكلام عليه أى على تملك المنافع بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللعبر أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله (١٠٣) صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة

والعارية مؤداة ورجسه الاستدلال ظاهر وفيه تميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنفعة عارية خاصة وفيه زيادة مبالغة فى أن العارية مستحق الرد لان المنافع تلك شيئا فشيئا على حسب حدودها فالتمليك فيما لم يتصل به القبض فيه الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعدل بضمن) وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

(ومختك هذا الثوب وجعلتك على هذه الدابة إذا لم يردبه الهبة) لانها التملك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تملك المنافع تجوزا قال (وأخذت منك هذا العبد) لانه أذن له فى استخدامه (ودارى لك سكنى) لان معناه سكنها هاك (ودارى لك عمري سكنى) لانه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسير قوله لك لانه يحتمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللعبر أن يرجع فى العارية متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنفعة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تلك شيئا فشيئا على حسب حدودها فالتمليك فيما لم يتصل به القبض فيه الرجوع عنه قال (والعارية أمانة ان هلكت من غير تعدل بضمن) وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء

مادة الاشكال انتهى (أقول) هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه فى نفسه فتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف فى موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابله كإيئنه صاحب العناية فان أراد ذلك البعض أن تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك أى ليست بصريحة بالعنى الذى ذكره علماء الاصول فهو ممنوع وانما يكون كذلك لولم يكن قرينة على انه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان أراد أن تخصيص الاولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن الاشكال فيه حتى لا يتحسم مادته (قوله ومختك هذا الثوب وجعلتك على هذه الدابة إذا لم يردبه الهبة الخ) قال صاحب السكافى كان ينبغي أن يقول إذا لم يردبه ما بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئا أحدهم أقوله ومختك هذا الثوب والاخر جعلتك على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيتين هو الثانى دون الاول ومبنى التأويل ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب لا يقال يجوز أن يكون مراده بيان الواقع لارد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا يابى عنه قطعاً ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهذا أى

نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقضه الاخر بدون رضاه احتراز عن الاجارة فان المستأجر يقبض المستأجر لحقه ليس للمالك النقص قبل مضى المدة بدون رضاه فان قيل هو قبض باذنه ومثله لاوجب الضمان أجاب بقوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت فى غيرها لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستأجر كإفى الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذلك اذا

(قوله ولا يحمله مثلها) أقول الضمير فى قوله يحمله راجع الى ما (قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول وفيه تمنع الكبرى كما يظهر بالأمس

شي من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فأنما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الأذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء يتيقن الضمان فكيف يضاف اليه (قوله والأذن) جواب عن قوله والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد إلى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الأذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه

(قوله فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية الخ) أقول فيه بحث (قوله وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند

ولأن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والأذن وان ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

ولكون الأذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على رسوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا اه كلامه (أقول) حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الإشارة إلى كون الأذن ضروريا واقتنى أثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكيفية والحق عندى انه إشارة إلى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فالمعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على رسوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندى لوجهين أحدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على رسوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر إلى ما قبله يصير المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا الإشارة إلى كون الأذن ضروريا ولكون الأذن ضروريا صار كالمقبوض على رسوم الشراء والظاهر ان الأذن ليس بضروري في المقبوض على رسوم الشراء وأما على تقدير أن يكون إشارة إلى ما ذكره فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على رسوم الشراء ولا شك ان الأمر كذلك في المقبوض على رسوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الأذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العمدة في الاستدلال أحق بأن يشرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على رسوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي أخر حديث كون الأذن ضروريا عن تفسيره هذين الفرعين (قوله ولأن اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالأذن وليس شي من ذلك بموجب له أما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض أولا باحتما على اختلاف القولين وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فأنما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الأذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء يتيقن الضمان فكيف يضاف اليه اه كلامه (أقول) لا يذهب عليك ان احتمال كون الأذن موجبا للضمان مما لا يخاطر به أحد أصلا وهذا لم يتعرض المصنف لنفي ذلك قط في أثناء تقريره في هذه المسئلة فدرج الشارح المزبور إياه في احتمالات إيجاب الضمان وذهبته ذلك إلى المصنف بقوله يعني خروج عن سنن الصواب (قوله والأذن وان ثبت لأجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا) جواب عن قول الشافعي والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الأذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها (أقول) للخصم أن يقول اذا لم يكن القبض أيضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض مقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال فان هلك في هذه الحالة فلا ضمان قطعاً وأما اذا هلك في غيرها فينبغي أن يجب الضمان لكونه هلاكها فيما وراء الضرورة فالأظهر في الجواب عن قول الشافعي والأذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريقة المنع لا القول بالموجب وقد أفصح عنها صاحب غاية

(قوله وانما وجب الردمونة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقرر به أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانما على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب كنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار للمقبوض على سوم الشراء وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلنا أن (١٠٥) الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد

هنا أجيب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقبضت مقام الحقيقة نظرا له الآن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثالا كاملا وانما يشار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من الميسر قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يواجر المستعار فان أجره فغصب ضمن لو جهين أحدهما أن الاعارة دون الاعارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه والثاني أن المأخوذ بالقبض لا يكون لازما أو غير لازم ولا سبيل الى شئ من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاعارة

وانما وجب الردمونة كنفقة المستعار فانما على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره فان أجره فغصب ضمن) لان الاعارة دون الاعارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ولا نا لو صحناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاعارة فأبطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غمبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المأجر اذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه آناه الليل وأطراف النهار وانما ينتفع به ساعة وعيمه كأي شيء ولو انتفع بالعارة دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك ثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع أيضا ما دون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضا فنصير (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار للمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان تحريره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشئ بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباع في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملاسة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بعلاسة العقد أي ما كان متعلقا بالعقد بأن كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قوله ثم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذا القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا يجبه اه ثم أقول لاحاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ذكره صاحب العناية من التحرير الركب المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان ههنا سلمان عن شاذبة الخلل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في الع قد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد ونعامة على أن يكون الاخذ ممن أخذ

(١٤ - تكمله سابع)

فانه عقد لازم فانه قاعد غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدّر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاعارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناه واذا كانت باطلا كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المأجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

قال (وله أن يعبره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعبره لأنه أباحة
المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الإباحة وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة
وانما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة ههنا ونحن نقول هو تعليق المنافع
على ما ذكرنا فملك الإجارة كالموصى له بالخدمة

فيه معنى شرع فيه لا من أخذه وثانيهما أن يكون معناه لأن الأخذ في العقد أي المأخوذ لأجل العقد له
حكم العقد على أن تكون كلمة في قوله في العقد بمعنى اللام كافي قوله تعالى فذلكم الذي لم يمتني فيه
وقوله عليه الصلاة والسلام إن امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في معنى اللبس فلا أخذ
حينئذ من أخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذ من غاية البيان فإن قيل سلمنا أن الأخذ
في العقد له حكم العقد ولكن لا عقده ههنا أوجب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا
تقدير أصيانه لاموال الناس عن الضياع إذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اه (أقول) لا يذهب
على ذي فطرة سليمة أن السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا إذ لا يقتضي أن يكون للأخذ في العقد
حكم العقد في حق العقد بل يقتضي عدم تحققه إذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للأخذ فيه فلا
معنى لقوله ولكن لا عقده ههنا ثم إن الجواب المزبور منطوقه لأنه وإن كان في جعل العقد موجودا
تقدير أصيانه لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري إذ قد يكون هلاك المقبوض على
سوم الشراء في يد المشتري بلا تعدد منه بل بسبب اضطراري وقد أخذه من يملكه باذن فاذا وجب
الضمان عليه خرج ماله الذي أدهم من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعدد في شيء فيلزم النظر لاحد المتأخذين
في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعبره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل)
قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكره
في النظائر الامام الترمذ (أقول) في أكثر هذه الأمثلة أشكال أما في مثال الحمل فلا لأنه وإن كان
مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلا واسطة معارضة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعبره للحمل
لأن الحمل لا يتفاوت انتهى إلى أنه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما
لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه حكمهما عند الإطلاق
والتيقيد كما ستطلع عليه وقد اضطرر ب كلام الفقهاء في عامة المعتررات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب
العارية أنه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات أنه مما يتفاوت وعن ظهيرة مخالفة جديدين كلاميه
في المقامين صاحب السكافي فإنه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في
الثوب والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع
التفاوت في الركوب واللبس والحمل فمال بين لا يصير المعقود عليه معلوما لا يمكن بحجوازا الإجارة انتهى
وأما في مثال الزراعة فلا لأنه سياتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الإجارة في استئجار
الأراضي للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيه لأن ما يزرع فيه متفاوت فلا بد من التعيين كي لا تنفع المنازعة
ولا يخفى أن المفهوم منه أن الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزبيلي لما
يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمنه لعدم منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب
والزراعة وأما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضرب البناء دون سكنى غيره ههنا وهذا
لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والحواريات للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى أيضا مما
يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصار لا أثر
السكنى لأن مجرد السكنى لا يؤثر في انهضام البناء فيضاف الانهدام إلى الحدادة والقصار كما بينه

وللستعير أن يعبر المستعار
إذا كان مما لا يختلف
باختلاف المستعمل كالحمل
والاستخدام والسكنى
والزراعة وقال الشافعي
ليس له أن يعبره لأنه أباحة
المنافع على ما مر والمباح له
لا يملك الإباحة وهذا أي
كون الإجارة أباحة لأن
المنافع غير قابلة للملك
لكونها معدومة وانما
جعلت موجودة في الإجارة
للضرورة وقد اندفعت في
الإجارة بالإباحة فلا يصار
إلى التملك وإنما أتمم تعليق
المنافع على ما مر فيتضمن
منه كالموصى له بالخدمة
جاء أن يعبر التملك المنفعة

(قوله والمنافع اعتبارت)

قابله (جواب عن قوله والمنافع اعتبارت)
 والمنافع اعتبارت قابله للملك وتقريره
 لانسليم أنها غير قابله للملك
 فانها تملك بالعقد كافي
 الاجارة فتجعل في الاعارة
 كذلك دفع الحاجة وقد
 مر لنا الكلام فيه فان
 قيل لو كانت تملك المنفعة
 لما تناوت الحكم في الصحة
 بين ما يختلف باختلاف
 المستعمل وبين ما لا يختلف
 كما لا يجب اجاب بقوله (وانما
 لا يجوز فيما يختلف باختلاف
 المستعمل دفعا لمزيد الضرر
 عن المعبر لانه رضى باستعماله
 لا باستعمال غيره وقال هذا)
 أي ما ذكر من ولاية الاعارة
 للمستعمل (اذا صدرت
 الاعارة مطلقة) فوجب أن
 يبين أقسامها فقال (وهي
 على أربعة أوجه) وهي
 قسمة عقلية (أحدها أن
 تكون مطلقة في الوقت
 والانتفاع والثاني أن
 تكون مقيدة فيهما
 والثالث أن تكون مقيدة
 في حق الوقت مطلقة في
 حق الانتفاع والرابع
 بالعكس فلمستعمل في الاول
 أن ينتفع به أي نوع شاء في
 أي وقت شاء عملا بالاطلاق
 وفي الثاني ليس له أن يجاوز
 فيه ما سماه من الوقت
 والمنفعة

والمنافع اعتبارت قابله للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعبر لانه رضى باستعماله لا باستعمال غيره قال العبد الضعيف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والمستعمل فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد

صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه والمثال ههنا وانما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (قوله والمنافع اعتبارت قابله للملك في الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابله للملك وتقريره لانسليم أنها غير قابله للملك فانها تملك بالعقد كافي الاجارة فتجعل في الاعارة كذلك دفع الحاجة كذا في العناية وغيرها (أقول) فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليقه (وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المدومة قابله للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف هنا جوابا عنه اللهم الا أن يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشيء لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشيء وعند كون الاعارة اباحة لا يقدر على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكتابة دعت الى اعتبار المنافع قابله للملك في العارية كافي الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أبحاثه الثلاثة التي أوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هناك لكنه ليس بمتشبه هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بنام لان من شرط القياس كون الفرع نظيرا لاصل والمنافع ليست نظيرا لالاعيان ولا شئ أن المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظيرا لاصل قطعاً (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) قال عامة الشراح أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعمل اذا صدرت الاعارة مطلقة (أقول) فيه اشكال لان المذكور في الكتاب أن للمستعمل أن يعبر المستعار فيما اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فعنه أن للمستعمل ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون أن اختصاص ولاية الاعارة للمستعمل بما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وانما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعمل بنفسه وأما اذا صدرت الاعارة مطلقة فلا مستعمل ولاية الاعارة مطلقاً أي سواء كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلما استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعبر غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا اه فقول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيداً بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيداً به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوص عليه فاطبقة كما بيناه والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكرنا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جسداً ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تيبه للحدود الذي ذكرناه فقال في شرح

الاذا كان خلافا الى مثل ذلك) كن استعارة دابة ليحمل عليها فقير من هذه الحنطة فحملها فقير من حنطة أخرى (أو الى خير منه) كما اذا
 جل مثل ذلك شغير استحسانا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر لا ترى أن الوكيل
 بالبيع بألف درهم اذا باع بألف (١٠٨) دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة

الضرر عن دابته ومثل
 كيل الحنطة من الشعير
 أخف على الدابة والتقيد
 انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفي
 الثالث والرابع ليس له أن
 يتعدى ما سمى من الوقت
 والنوع) وعلى هذا فلا استعارة
 دابة ولم يسم شيأه أن يحمل
 ويعبر غيره للحمل لان الحمل
 لا يتفاوت وله أن يركب
 وركب غيره وان كان
 الركوب مختلفا لانما أطلق
 كان له التعيين حتى لو ركب
 بنفسه تعين الركوب فليس
 له أن يركب غيره بالعكس
 كذلك فلو فعله ضمن لتعين
 الركوب في الاول والاركاب
 في الثاني) وهذا الذي ذكره
 اختيار فخر الاسلام وقال
 غيره له أن يركب بعد الاركاب
 ويركب بعد الركوب
 وهو اختيار شمس الأئمة
 السرخسي رحمه الله وشيخ
 الاسلام قال (وعارية
 الدراهم والدنانير والمكيل
 والموزون والمعدود وقرض
 الخ) اذا استعار الدراهم فقال
 له أعزتك دراهمي هذه كان
 بمنزلة أن يقول أقرضتك
 وكذلك كل مكيل وموزون
 ومعدود لان الاعارة تملك
 المنفعة ولا يمكن الانتفاع
 بها الا بالاسم لانه لا يمكن
 فكل ان ذلك عليك كالعين اقتضاء وتعليك العين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناها ما يكونه متيقنا به

الاذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه والحنطة مثل الحنطة والشعير خير من الحنطة اذا كان
 كيلا والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطابقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن
 يتعدى ما سمى فلو استعارة دابة ولم يسم شيأه أن يحمل ويعبر غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن
 يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس
 له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال
 (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود وقرض) لان الاعارة تملك المنفعة ولا يمكن
 الانتفاع بها الا بالاستهلاك عنها فاقضى تملك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناها
 فثبت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا أطلق الاعارة
 قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى المستعير أن
 ينتفع بالعارية ما شاء اذا أطلقت العارية اه (أقول) هذا الذي ذكره هذا الشارح وجهه
 ما يعود اليه الاشارة مما لم يذكر في مقابل قط فكيف يصح أن يكون مشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام
 المصنف ههنا ولا يشار باسم الاشارة الى المحسوس المشاهد أو الى ماهو بمنزلة المحسوس المشاهد كما
 تقر في موضعه فكانه هرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشد من الأولى والانصاف ان المصنف
 لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسطه بأن يقول والاعارة على أربعة
 أوجه لكان أخرى ولقد أحسن صاحب الكافي هذا المقام حيث قال أولاه أن يعبر وذكر خلاف
 الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذه المسئلة على وجهين اما أن حصلت الاعارة مطلقة في حق
 المنتفع بأن أعارتو باللبس ولم يبين اللبس أو دابة للركوب ولم يبين الركب أو دابة للحمل ولم يبين الحمل
 وفي هذا الوجه له أن يعبر سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الشوب
 والركوب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت
 الاعارة مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعبر فيما لا يتفاوت
 الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له أن يعبر فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم
 قال وهذا هو الكلام في اعارة المستعير وأما الكلام في انتفاعه في المستعار فهو على أربعة أوجه
 فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الأربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه) كن
 استعارة دابة ليحمل عليها فقير من هذه الحنطة فحمل عليها فقير من حنطة أخرى أو جل عليها فقير
 من شعير وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر لا ترى
 أن الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في
 تعيين الحنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير أخف على الدابة
 والتقيد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ماذا كروا في وجهه
 الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا
 به مع أن ماذا كروا في وجهه هذا الاستحسان ههنا جار هناك أيضا بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضا
 فتأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه) أقول يرى هذا

التعليل

فيل لانه أقل ضرر راعى المعطى لانه وجب رد المثل وما هو أقل ضرر رافق هو الثابت يقينا ولا من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد
 يجز عن رده فأقيم رد المثل مقامه قال المشايخ هذا اذا أطلق الاعارة

وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو وزن بهاد كالم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية ليجهل بها أو سيفاً محلي يتقلده يقال عايرت المكابيل أو الموازين إذا قايستهما والعيار المعيار الذي يقاس به غيره ويسوى وإذا استعار أرضاً للبناء والغرس جاز وللعيار الرجوع فيها وإن كلف قلع البناء والغرس أما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذلك بالاعارة دفعاً للحاجة وأما الرجوع فلما ينشأ عنه بقوله والمعير أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنفعة مردودة

والعارية مؤداة وأما التكليف فلان الرجوع إذا كان صحيحاً بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فكيف تقر بهما أن المعير أما أن وقت العارية أو لم يوقت فإن لم يوقت فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور ومن جانب المعير حيث اعتد بالطلاق العقد وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية فيرجع قبل الوقت صح لمذاكرنا ولكن يكره ما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له إذا الظاهر الوفاء بالعهد والمغرور يرجع على الغار دفعاً للضرر عن نفسه فإن قيل الغرور الموجب للضمان هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر والاعارة ليست كذلك أجب بأن التوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى وتقرير كلامه ابن في هذه الأرض بنده على أن أثر كهافي

وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو وزن بهاد كالم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة فصار كما إذا استعار آنية يتحمل بها أو سيفاً محلي يتقلده قال (وإذا استعار أرضاً لبنى فيها أو لغرس فيها جاز وللعيار أن يرجع فيها أو يكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما ينشأ وأما الجواز فلانهم المنفعة معلومة تملك بالاجارة فكذلك بالاعارة وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فكيف تقر بهما أن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور وحيث اعتد بالطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لمذاكرنا ولكنه يكره ما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور ومن من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه

التعليل خالٍ عن التحصيل لأن حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود إذا قد صدر حوا في مصدر كتاب العارية بأن من شرطها كون المستعار قابلاً للانتفاع به مع بقاء عينه وإن الأشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها لجعلها ككتابة عن القرض وكذا حكم الاعارة منتفية في عارية الأشياء المذكورة إذا قد صدر حوا بأنهم مضمونة بالهلاك من غير تعدد من الغايض فإذا لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الأشياء فلا تأثير فيها أصلاً لأن يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا إقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمونها هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لأن يجعل لفظ الاعارة في مستلثاتها هذه مجازاً أو كناية عن معنى الاقتراض ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لأن يكون علة لأصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التحرير فعليل بالتأمل الصادق (قوله وأما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزاناً أو وزن بهاد كالم يكن قرضاً ولم يكن له إلا المنفعة المسماة) أقول لقائل أن يقول المفهوم من هذا الكلام إمكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعاً يضاف كيف يتم ما ذكرنا من أن الانتفاع بها لا يمكن إلا باستهلاكها ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقاً بناء على الأكثر الأغلب فالمراد أنه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الأعم الأغلب إلا باستهلاكها عنها فيدار الحكم عند الإطلاق على ما هو الأغلب وأما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تعليل المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيحصل على ذلك فإن قلت عبارة المصنف لا تعذر التوجيه الذي ذكرته فإن الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها عنها يقتضي انتفاء إمكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاكها قلنا يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد بالأقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب الغاية أي نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الأول يكونان مرفوعين اه كلامه وتبعه الشارح العيني (أقول)

يدل ذلك المدة كذا فإن لم أثر كهافي أن ضمن لك بقية حاله وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما يمكن وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة لذلك الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم تكون قيمة البناء والغرس إذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلاً

(قوله وإن كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فإن لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول في باب المضارب يضارب

واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدوري رحمه الله يريد به ضمان ما نقص وذكر الخاكم الشهيد أن المعبر يضمن للمستهبر قيمة غرسه وبنائه فيكون له الآن بشاء المستعبر أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته فإله ذلك لأنه ملكه قالوا يعني المشايخ إذا كان بالارض ضرر بالقلع فالحيار إلى رب الارض لأنه صاحب أصل والمستعبر صاحب تبع والرجح بالأصل قبل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعبر يضمن نقصان البناء (١٠) والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الارض بالقلع ضرراً ما إذا لم يلحق فالحيار في الإبقاء بالقيمة

مقاييساً وتكليف القلع وضمن النقصان إلى صاحب الارض وهو ظاهر ويجوز أن يتعلق بقول الحاكم الشهيد ومعناه أن المستعبر انما يتمكن من القلع وترك الضمان اذا لم تتضرر الارض بالقلع وأما اذا تضررت فالحيار إلى رب الارض وهو الاظهر ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع بل ترك في يده بطريق الاجارة بأجر المثل وقت أول يوقت لان الزرع له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقيقين فانما كان الترك بأجر لم تفت منفعة أرضه بجائزاً ولا زرع الآخر

(قوله وإذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدوري) أقول فيه كلام وهو وان القلع ما نقص دينارين بل نقص غمانية دنائير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى هذا اشكال الفاضل المحشي الشهير يعقبوب باشا فأقول التظاهر ان قوله قيمة النقص

كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الخاكم الشهيد أنه يضمن رب الارض للمستعبر قيمة غرسه وبنائه ويكون له الآن بشاء المستعبر أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته فإله ذلك لأنه ملكه قالوا إذا كان في القلع ضرر بالارض فالحيار إلى رب الارض لأنه صاحب أصل والمستعبر صاحب تبع والرجح بالأصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أول يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقيقين

لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعبر قلع البناء والغرس وليس هذا صحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنقوضة بالقلع ويمنع أيضاً صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعبر القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه عندى ههنا رفع البناء والغرس لا غير أما على تقدير كون ما مصدرية فواضح وأما على تقدير كونها موصولة فتعقد بر الضمير الراجع إليها على أن يكون نقضاً للكلام وضمن المعبر ما نقص البناء والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلفه نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس وقال صاحب العناية ووجه قوله ما نقص البناء والغرس أن ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كان قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشر دنائير مثلاً واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكر معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهما قالوا بل قوله يرجع بهما فيرجع بثمانية دنائير فكأن بعض العلماء أخذ بما قاله حصه فأورد على ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو أن اقلع ما نقص دينارين بل نقص غمانية دنائير فينبغي أن يرجع بها كما لا يخفى انتهى (أقول) لعن صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص دينارين نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين دينارين فيرجع بهما قطعاً وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكأنهما أراد بقيمة النقص معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنائير فيرجع بثمانية دنائير وهذا يظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح وأدفع ما أورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من إضافة الموصوف إلى الصفة أي القيمة المنقوضة فلا اشكال انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لا يجوز إضافة الموصوف إلى الصفة ولا إضافة الصفة إلى الموصوف على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف إلى صفته ولا الصفة إلى موصوفها وانما جاز ذلك مذهب ضعيف كوفي لا ينبغي أن يصار إليه في توجيه كلام اللغات

من إضافة الموصوف إلى الصفة أي القيمة المنقوضة فلا اشكال (قوله ويجوز أن يتعلق بقول على الخاكم الشهيد أن المعبر يضمن للمستهبر قيمة غرسه وبنائه فيكون له الآن بشاء المستعبر أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته فإله ذلك لأنه ملكه قالوا يعني المشايخ إذا كان بالارض ضرر بالارض فالحيار إلى رب الارض لأنه صاحب أصل والمستعبر صاحب تبع والرجح بالأصل قبل معنى كلامه هذا ان ما قال القدوري ان المعبر يضمن نقصان البناء (١٠) والغرس محمول على ما إذا لم يلحق الارض بالقلع ضرراً ما إذا لم يلحق فالحيار في الإبقاء بالقيمة

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخليّة دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المعصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعارة دابة فردّها الى اصطلح مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة الابدان يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل أن يتثبت بذلك المذهب السخيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يرتفع معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك) أقول لقائل أن يقول اذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الارض منه ههنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعد منه خيانة نفسه أو بمنافع يمنعه عنه فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فاقترقا وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس له من نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس يتام لان تعيين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقطع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا وما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور ولانه ان لم يوقت صريح بالكن وقت دلالة لان البناء والغرس لا دوام فكانت الاعارة له توقينا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقطع بعد زمان لبيع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخليّة دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سالمة للمؤجر فكذلك هي سالمة للمستأجر ايضا وهي الاتفاغ بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستأجر منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستأجر المنفعة عائدة الى الأجير لانه يتوصل به الى ملك الأجير أكثر ما فيه أن لكل واحد منهما ما فيه منفعة لكن منفعة الأجير أقوى لانه مالك العين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الأجير عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفعا للضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخليّة دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المعصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعارة دابة فردّها الى اصطلح مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وذلك لأن الاجر مؤنة الرد فنوجب عليه الرد وجب أجره والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغنم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر وانما الواجب عليه التمكين والتخليّة لان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رده لما ذكرنا ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الأجير عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة وعلى هذا كان أجرة رد المعصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفعا للضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعارة دابة وردّها الى اصطلح مالكها فهلكت لم يضمن

(قوله والغرم بازاء الغنم) أقول تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رد لما ذكرنا) أقول من أن الغرم بالغنم

وفي القياس هو ضامن لانه تضبيع لارد و صار كد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عسر فاليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار (١١٢) عبد افردته الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم

رده الا الى المعبر للعرف في الاول وعدمه في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده وأجيريه مسانحة أو مشاهرة فهو صحيح لانها أمانة وله حفظها على يدهم كافي الوديعة وكذا اذ ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو ردها الى عبده واختلفوا في اشتراط كون هذا العبد ممن يقوم على الدواب فقبل به وقبل هو وغيره سواء وهو الاصح لوجود الدفع اليه في الجملة وان ردها مع أخني ضمن ودلت هذه المسئلة على أن المستعير لا يملك الا بداع قصدا كما قال بعض المشايخ وهو الكرخي ومن قال بأنه يملك الا بداع وهو مشايخ العراق أولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء مدتها فكان اذ ذلك مودعا وليس له أن يودع غيره فإذا أودعه وفارقه ضمن بالاتفاق كما تقدم وباقى كلامه ظاهرا لا يحتاج الى شرح

وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان أنه أقي بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كالة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط (وان استعار عبد افردته الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضى لما أودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوه لم يردها الا الى المعبر لعدم ما ذكرناه من العرف فيه قال (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانحة أو مشاهرة لانها أمانة وله أن يحفظها بيده من في عياله كافي الوديعة بخلاف الاجير مما ومة لانه ليس في عياله (وكذا اذ ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به ألا ترى أنه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده وقبل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقبل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أخني ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الا بداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملك لانه دون الاعارة وأولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال (ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطمعني عند أبي حنيفة رحمه الله وقال يكتب انك أعرتني) لان لفظة الاعارة موضوعة والكتابة بالموضوع له أولى كافي اعارة الدار وله أن لفظه الاطعام أدل على المراد لانها تنخص الزراعة والاعارة تنظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) في الجواب نظر اذا الظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الأجر عين هو الأجر كما صرح به في الكافي والاجر لا يلزم أن تكون عين البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بأن الأجر قد تكون عيناً وقد تكون ديناً وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الأجر عين على الكلية فلم يتم الجواب (قوله وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام وفي القياس هو ضامن لانه تضبيع لارد و صار كد المغصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه اه كلامه (أقول) هذا منحصر بمختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفارق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكروا في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكروا أحدا سواه ههنا بل انما ذكروه في محله فيما سبأ في كما ترى

(قوله وفي القياس هو ضامن لانه تضبيع لارد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه) أقول (كتاب وفيه بحث فان هذين التعليقين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا) (قوله فكان اذ ذلك مودعا) أقول بل يكون اذ ذلك متعديا حتى اذا هلك في يده ضمن فكذا اذا تركها في يد الاجنبي ذكره الزبلي فراجع نعم كونه كالمودع بعد انقضاء المدة قول بعض الاصحاب لكن الرجحان للتضمن وهو قول السرخسي واختيار قاضيان رحمه الله

كتاب الهبة

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب المحبة وهي في اللغة عبارة عن ابصال الشيء إلى الغير بما ينفعه قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وفي الشريعة عليك المال بلا عوض (وهو عقد مشروع) لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا وتحابوا (١١٣)

وعلى هذا انعقد الإجماع ونصح بالإيجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلأن الإيجاب كاف ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فهو يهب ولم يقبل بر في عينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلأن الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (وقال مالك يثبت الملك فيما قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الإجماع (ونصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلا نه عقد والقعد ينقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترتيب من الأدنى إلى الأعلى ولأن العارية كلمة رد والهبة كالمركب لأن فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تخص ولا تنحى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال أنت العزير الوهاب وهذا يعني لمحاسنها ثم إن الهبة في اللغة أصلها من الوهب والوهاب ينسكن الهاء وتجر بكها وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أو تلهو ويعوض في آخرها التاء ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهبه له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا ولدا أصالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهم به منه قبله واستوهب طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره وأما في الشريعة فهي عليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون (أقول) يرد عليه النقص عكسا بالهبة بشرط العوض كما ترى ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقص ولا لا يراد مع ظهور وروده بعد اغتراب صاحب الدرر والقرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في مثله هي تمليك عين بلا عوض وقال في شرحه أي بلا شرط عوض لأن عدم العوض شرط فيه لينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظر إذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقر في العداوم العقلية من أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لاشئ لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يشهد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقص بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالعنى أن الهبة هي عليك المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فأنها وإن كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الاكتساب ألا ترى أنهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم أقول ببق في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال فأنها أيضا تمليك المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الأعيان فلوزادوا قيد في الحال فقالوا هي عليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فإن الوصية تمليك بعد الموت لا في الحال (قوله ونصح بالإيجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أي نصح بالإيجاب وحده في حق الواهب

كتاب الهبة

(قوله قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا) أقول وظاهر أن الولي ليس بمال ولا مال قال المصنف (ونصح بالإيجاب والقبول) أقول قال العلامة الكاكي فـ وله ونصح بالإيجاب كقوله وهبت وشيء وكما يجيء أي نصح في حق الواهب عجزا رد الإيجاب وفي حق الموهوب بالقبول والقبض لأن الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع

(١٥ تكمله - سابع) فصار هو عندنا بمنزلة الأقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض وغر ذلك فمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث أو حلف على أن يهب فلان فوهبه ولم يقبل بر في عينه عندنا انتهى ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للشروح

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد في الملك لان الجواز بدون ثبوت

وبالاجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار
والوصية ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وغرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة
من كتاب الايمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد برى عينه بخلاف
البيع اه كلامه واقتنى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال ونسج صاحب غاية
البيان معنى المقام على هذا المنوال أيضا وعزا الى الحصر والمختلف وبني صاحب العناية أيضا كلامه
ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقلين أما
من جهة الواهب فلان الاجاب كاف ولهذا لو حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برى عينه
بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع
اه والشارح العيني أيضا اقتنى أثره ولا عيب بالجملة أكثر اشرار ههنا على ان الهبة تتم بالاجاب وحده
(أقول) هذا الذي ذكره وان كان مطابقا لحد الماذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الايمان
فانه قال هناك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برى عينه خلافا لفرقائه يعتبره بالبيع
لانه تملك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اه الا انه غير مطابق لما ذكره
في هذا المقام لان قوله أما الاجاب والقبول فلائنه عقد والعقد ينعقد بالاجاب والقبول بمنزلة الصريح
في ان عقد الهبة لا يتم الا بالاجاب والقبول كسائر العقود ويشهد به هذا أيضا قوله والقبض لا بد منه
لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول
والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا ستر به عنده من له ذوق صحيح ثم ان صاحب
النهاية ومعراج الدراية قد كانا صراحي قبيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الاجاب والقبول ولا يخفى ان
ذلك التصريح منه ما ينافي القول منهما ههنا بأن الهبة تتم بالاجاب وحده اذ لا شك أن الشيء لا يتم
بعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي
وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الاجاب والقبول لانهم اعقدوا قيام العقد
بالاجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون تملكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون
قبوله وانما يبحث لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الاجاب
لا القبول لانه فعل الغير اه كلامهما (أقول) هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا أنه غير
ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه آنفا وأيضا يرد عليه أن التعليل المذكور
للبحث فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي أن يبحث أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم
يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الاجاب لا القبول مع أنه لا يبحث في صورة البيع كما صرحوا به
والحاصل ان كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما
ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد اجاب الواهب وهو
قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لأن العقدين عقد مجرد اجاب الواهب ولهذا قال علماءنا
اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يبحث في عينه عندنا وقال صاحب التصفه ركنها الاجاب والقبول
ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الاجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أما ركن
الهبة فهو الاجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون
ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا
الشيء لفلان فوهب له فلم يقبل انه يبحث استحسانا وعند زفر لا يبحث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل

ولنا قوله صلى الله عليه
وسلم لا تجوز الهبة
الا مقبوضة أي لا يثبت
حكم الهبة وهو الملك اذ
الجواز ثابت قبل القبض
بالاتفاق

(ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التزام التسليم) ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تحججه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرنا من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا الزام ثم زيادة على ما تبرع وذلك (لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحيد لا يتصور الا لزاما على المتبرع لعدم أهلية الزوم) وهذا موافق لرواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة (١١٥) لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم

والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتايد به وهو وفي الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لتكون الموت ينافي الملكية فصح الالحاق (قوله) وحق الوارث متأخر جواب عما يقال الوارث يتخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصي له على تسليم الوارث اليه وتقرر به أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المال فيها (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جازا استحصانا وان قبض بعد الافتراق لم يجوز إلا أن يأذن له الواهب في قبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو وقول الشافعي لأن القبض

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم أهلية الزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحصانا وان قبض بعد الافتراق لم يجوز إلا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

ويقبض وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ لفلان بباعه فلم يقبل أنه لا يحنث الى هنا كلامه (قوله) ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد توجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به واجاب شئ لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروع ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تحججه كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرنا من الصور فانه يجب بالنذر أو الشرع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية أخذ من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلا ن قوله فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة القريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما عما يتحقق فيه المانع عن الرجوع كإسائتي وأما ثانيا فلا نه اذا جازله الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ يجوز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم التسليم فمن أين يجب الزام التسليم فليتأمل في الدفع (قوله) ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف

تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا) وهو وجه الاستحسان في الاول (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال السكاكي لا يقال ان الملك يقع على وجهه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذا فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث (قوله) فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام قال العلامة السكاكي وصاحب النهاية قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح انتهى وليس فيما لا ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول

لا يستلزم الإيجاب التام اه (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما إذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلامهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما منزلة الآخر وقيام مقامه بخلاف ما إذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع وثانها أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجاب التام الآن القبول في الهبة كالأبواب يجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لو جرد القبض نص عليه الامام الزليعي في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فلا يصح أن يقال إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف ولنا إن القبض الخ حيث قال وكان ينبغي أن يقول وجه الاستحسان لأنه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله فالتأني كان القياس هو قول الشافعي وجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا وإن لم يصح بذلك الشافعي اه (أقول) أن تحقق خصم بأخذ القياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا إيماء إلى وقوع منازع في هذه المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فأنما يحصل عند كرخالفة الخصم فيما قبل كالأموال المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخذه المصنف بنقوية المناسبة في تحريره لأنني الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعتراض على الدليل المزبور بأن ملو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح أمر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس وأجيب بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولهذا لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يثبت فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل لا يثبت استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعزاها في النهاية ومعراج الدراية إلى المختلفات (أقول) في الجواب بحث أما أولا فلا لأنه لا يدفع السؤال المذكور بل يقرره لأن حاصل ذلك السؤال القدر في المقدمة القائلة إن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع بأن الأول عقد تام والثاني شرط العقد وجعل هذا الفرق مدار الصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع وخلاصة هذا بيان لصحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدر في قولهم إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلا أنهم صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لا يقتضيه أيضا إلى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلنا عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة رأسا لأن الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع الفاسد شيان في كونهما شرط العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور وجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكره لما كان القبول بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا

(والقصود منه) أي مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للهوب له وإذا كان كذلك (فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) محصلا لمقصوده فكان إذا نادى له (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقا القبض بالقبول والقبول بتعديده بالجلس فكذا ما قام مقامه) فان قبل يلزم على هذا ما إذا انتهى عن القبض فان التسليط موجود ولم يجزله القبض أجاب بقوله (بمخلاف ما إذا انهاء) يعني صريحا (في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القول لم يصح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل الإيجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه (١١٧) جازله أن يسترده ويحبسه لأن

والقصود منه اثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقا بالقبول والقبول بتعديده بالمجلس فكذا ما يلحق بمخلاف ما إذا انهاء عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف أنه عقد والعقد ينفع بالإيجاب والقبول اهـ (أقول) كلا وجهي بحسنه ساقط أما الاول فلأن الملازمة في قوله لوصح ما ذكره لجازا القول بعد المجلس بأمر الواهب مسألة فاما بطلان الثاني فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر أنفائه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلا ينصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كما لا يخفى وأما الثاني فلا نأخذ بنقلنا عن البدائع فيما ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب وأما القول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون ركنه إيجاب الجواب المذكور على الاستحسان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الإيمان بأن الهبة عقد تبرع فتمت بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقلة لا يشكك بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق جل أحدهما على القياس والآخر على الاستحسان (قوله والمقصود منه اثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض تحصيل المقصود منه فكان إذا نادى له ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض حتى أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن وأجيب بأننا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمنى لا قصدى فلا معتبر به كذا في الشروح (أقول) لا يرد النقض المذكور رأسا إذ لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقر (قوله بمخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقا بالقبول والقبول بتعديده بالمجلس فكذا ما يلحق به)

وأجيب عن الاول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بأننا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنى لا معتبر به

(قوله وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض بمنزلة القول لم يصح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع) (أقول فيه) فوجر كما (قوله وأجيب عن الاول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد) (أقول) ولهذا الوجه لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا بحث (قوله وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) (أقول) هكذا وقع في هذه النسخة موافقا لما في سائر الشروح وفيه بهت فانه لوصح ما ذكره لجازا القول

بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينفع بالإيجاب والقبول وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكون مبناها على العرف ولعل الاولى أن يقال في الجواب القبض بمنزلة القول وليس به حقيقة فبالنظر إلى كونه بمنزلة جواز القبض في المجلس بلا إذن الواهب وبالنظر إلى التغاير حقيقة صحح الامر بالقبض بعد المجلس أي نادى بالخطا رتبته عن القول فتأمل ووقع في بعض النسخ وخدع عقد تام فلا يرد عليه هذا البحث نعم يرد على ما في الشروح الآخر قد بـ (قوله وعن الثاني بأننا لا نسلم أن مقصود البائع الخ) (أقول) ولو سلم أن المقصود بذلك قبض المبيع المقصود ويحصل الملك للمشتري ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره وأما حق الاسترداد فلهكون المبيع قبل نقد الثمن كما لرهون فان قيل - قال الرجوع ثابت في الهبة أيضا فلا ينافي ذلك كون الإيجاب تسليطا فلماذا لا في الهبة ليس بكلى الأثر إلى مواع الرجوع في الهبة بمخلاف البيع متأمل

قال (وتنقذ الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيته) لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام كل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله وهبك الله يعني واحد (وكذا تنقذ بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء ونحلتك على هذه الهدية إذا نوى بالخلاص الهبة) أما الأول فلأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين أقول لقائل أن يقول إنما ألحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث إن حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً لأن جميع الحينيات لا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحينية المذكورة بالمجلس أيضاً فإن تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركناً دخلاً في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضاً فلا يتعدى إلى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وإن كان ملحقاً بالقبول من جهة كونه موقوفاً عليه لثبوت حكم العقد ولا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالأذن أيضاً فتأمل والأولى في تقرير روجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو أنه لا بد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الإيجاب صحياً وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواجب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الإقدام على الإيجاب له إذا لم يوجب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا أقدم البائع على الإيجاب إذا التمسرى بالقبول مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة الآن ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقيد بضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الأذن في المجلس لأن الإيجاب يسبق صحبته في قبض في المجلس فلا يعتبر ثباتاً فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصالان الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله) أما الأول فلأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين (قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظراً لأنه قال إن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الطعام في الكفارة التملك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم لأن المراد من الطعام طعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الطعام في الآية مضافاً إلى ما يطعم عنه فأنهم انتهى كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة إلى ما يعطى عينه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولاً ثانياً لا طعام وفي آية الكفارة لم يكن الأمر كذلك فكان الطعام مفعولاً على أصل وضعه وهو الإباحة ورشدك إلى هذا التوجيه أنه قال في تنقيح الأصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى طعام عشرة مساكن إشارة إلى أن الأصل فيه هو الإباحة والتمليك ملحق به لأن الطعام جعل الغير طاعماً لا يجعله مالاً كما وألحق به التملك دلالة لأن المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى. وقال في التساويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فأما كان هبة وتمليكاً بقرينة الحال لأنه لم يجعله طاعماً قالوا والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثاني فهو التملك والافلاحة انتهى. ولعل المراد من الإضافة إلى ما يطعم عنه ما ذكره في التساويح من جعله مفعولاً ثانياً فلا يراد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية

(قوله وقد تقدم لنا القول الخ) أقول في أوائل العارضة قال المصنف (وأما الأول فلأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين) أقول في التلويح قالوا والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثاني فهو التملك والافلاحة انتهى. ولعل المراد من الإضافة إلى ما يطعم عنه ما ذكره في التساويح من جعله مفعولاً ثانياً فلا يراد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية

قال (وتنقذ الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيته) لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام كل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله وهبك الله يعني واحد (وكذا تنقذ بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء ونحلتك على هذه الهدية إذا نوى بالخلاص الهبة) أما الأول فلأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين أقول لقائل أن يقول إنما ألحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث إن حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً لأن جميع الحينيات لا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتقيد القبول بالمجلس أن يتقيد ما يلحق به من الحينية المذكورة بالمجلس أيضاً فإن تقيد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركناً دخلاً في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضاً فلا يتعدى إلى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وإن كان ملحقاً بالقبول من جهة كونه موقوفاً عليه لثبوت حكم العقد ولا يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالأذن أيضاً فتأمل والأولى في تقرير روجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو أنه لا بد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الإيجاب صحياً وإذا كان من ضرورة بقاء الإيجاب من الواجب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الإقدام على الإيجاب له إذا لم يوجب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا أقدم البائع على الإيجاب إذا التمسرى بالقبول مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة الآن ما ثبت اقتضاء ثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقيد بضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الأذن في المجلس لأن الإيجاب يسبق صحبته في قبض في المجلس فلا يعتبر ثباتاً فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصالان الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله) أما الأول فلأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين (قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظراً لأنه قال إن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عنه يراد به تعليق العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الطعام في الكفارة التملك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم لأن المراد من الطعام طعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الطعام في الآية مضافاً إلى ما يطعم عنه فأنهم انتهى كلامه (أقول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة إلى ما يعطى عينه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولاً ثانياً لا طعام وفي آية الكفارة لم يكن الأمر كذلك فكان الطعام مفعولاً على أصل وضعه وهو الإباحة ورشدك إلى هذا التوجيه أنه قال في تنقيح الأصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى طعام عشرة مساكن إشارة إلى أن الأصل فيه هو الإباحة والتمليك ملحق به لأن الطعام جعل الغير طاعماً لا يجعله مالاً كما وألحق به التملك دلالة لأن المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى. وقال في التساويح وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فأما كان هبة وتمليكاً بقرينة الحال لأنه لم يجعله طاعماً قالوا والضابط أنه إذا ذكر المفعول الثاني فهو التملك والافلاحة انتهى. ولعل المراد من الإضافة إلى ما يطعم عنه ما ذكره في التساويح من جعله مفعولاً ثانياً فلا يراد ما أورده المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية

وقوله عليه الصلاة والسلام
(ولورثته من بعده) أي ولورثة
الممثلة من بعده الممثلة
يعني تنبت به الهبة ويبطل
ما اقتضاه من شرط الرجوع
وكذا لو شرط الرجوع
صريحاً يبطل شرطه وقوله
(لما قلنا) إشارة الى قوله فلان
حرف اللام التمليك وقوله
(فلان الجل هو الراكب
حقيقة) يعني أنه تصرف في
المنافع (فيكون عارية) الا
أن يقول صاحب الدابة
أردت الهبة لان اللفظ قد
يذكر التمليك فاذا نوى
شمول لفظه فيما فيه
تشديد عليه عملت نيته
لا يقال هذا باقضى ما تقدم
في العارية من قوله لانهما
تمليك العين وعند عدم
ارادته الهبة يحمل على
تمليك المنافع مجازاً لما
أشرنا اليه هناك أن قوله
لانهما التمليك العين يعني
في العرف فاستعماله في
المنافع مجاز عرفي فيكون
قوله ههنا لان الجل هو
الراكب حقيقة يعني في
اللغة فاستعماله في الحقيقة
العرفية مجاز لغوي

(قوله لان الجل هو الراكب
حقيقة يعني أنه تصرف في
أقول ضمير أنه راجع الى
الجل (قوله لما أشرنا اليه الخ)
أقول جواب لقوله لا يقال
هذا يناقض ما تقدم الخ

بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد كل غلتها
وأما الثاني فلان حرف اللام التمليك وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام فنأمر عمرى فهى للمعملة
ولورثته من بعده وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلان الجل هو الراكب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال جل الأمير فلان على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه
عند نيته (ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة) لانه يراد به التمليك قال الله تعالى
أو كسوتهم ويقال كسا الأمير فلان ثوباً أى ملكه منه

الهبة والعارية وان النظر المذكور لا يتجه أصلاً على ما في رواية الأصل لان التمليك انما يستفاد على
هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لامن لفظ الاطعام فلا ينافي أن يكون الاطعام في آية الكفارة على
أصل وضعه وهو الالباحة (قوله بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها
لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها) أقول لقائل أن يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقضى
أن لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته ولا يقضى أن لا يراد به تملك العين مجازاً كما أراده ذلك اذا
أضيف الى ما يطعم عينه فانهم جعلوا هناك على تملك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طامعاً أى
أكلاً لا جعله مالكاً كما صرحوا به والجواب انه وإن أمكن أن يراد بالاطعام المضاف الى مثل الارض تملك
العين مجازاً لكن هذا التعميم ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف أن يراد اطعام الغلة على طريق
ذكر المحل وإرادة الحمال كما أن المتعارف فيما اذا أضيف الاطعام الى ما يطعم عينه أن يراد به تملك
العين وكلام القائل انما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما حتم له اللفظ تدبر (قوله وكذا إذا قال
جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العناية قوله لما قلنا إشارة الى قوله فلان حرف اللام التمليك
واقفى أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذا إشارة الى
قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام فنأمر عمرى فهى للمعملة ولورثته من بعده ويدل على
هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارح المزبور ان لا ذكرها في ذيل
الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلاً اذ قد سبق ذكرها إذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذى
قاله وأما الثاني ولا يرى أثر فرق بينه وبين ما إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا بشتمال هذه الصور
على لفظة عمرى دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك التمليك لا كون لفظة
العمرى لاثبات الملك للمعملة لكان ذلك هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته
لفعال المارون كما هو دأبه عند قصد الإشارة الى السنة قلت كأن الشارحين المزبورين اغتربا بذلك
ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام
لا عن نفس الحديث وقد أشرنا اليه في تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلان الجل هو الراكب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال جل الأمير فلان على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه
عند نيته) يعني أن الجل تصرف في المنفعة فيكون عارية الآن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لان
هذا اللفظ قد يدر كتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية
فان قيل كيف يستقيم قوله ان حقيقة الراكب وقد ذكر في العارية أن قوله جعلت التمليك العين
قلنا حقيقة الراكب نظر الى الوضع وهو تملك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت
مهمجرة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشتركة انتهى وذكر صاحب العناية فحوى ذلك
بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا بناقض ما تقدم في العارية من قوله لانها التمليك العين وعند
عدم ارادته الهبة يحمل على تملك المنافع مجازاً لما أشرنا اليه هناك ان قوله لانها التمليك العين

(ولو قال مختك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة وقوله (ولو قال داري لك هبة سكتي) (١٣٠) أو سكتي هبة) انما هو بنصب هبة في الموضوعين اما على الحال أو التمييز لما في قوله

داري لك من الابهام وقوله (لان العارية محكم في تعليق المنافع) كان الواجب أن يقول لان سكتي محكم في تعليق المنافع اذ هو المذكور في كلامه ويجوز أن يقال سكتي لا يحتمل الا العارية فعبر عنه بالعارية (ولو قال هبة تسكتها فهي هبة لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقصود) أنه ملكه الدار غيره ليسكنها وهو معلوم وان لم يذكره فلا يثبت به حكم التملك عنده قوله هذا الطعم لم تأكله وهذا الثوب لم تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال وان شاء لم يقبل (بخلاف قوله هبة سكتي لانه تفسيره) والفرق بينهما أن قوله سكتي اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكتها لكونه فعلا وقيل لان قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسيره لقول المتكلم

(قوله والفرق بينهما ما أن قوله سكتي اسم فجاز أن يقع تفسير الاسم آخر بخلاف قوله تسكتها لكونه فعلا) أقول لا يقال له نظائر كثيرة من جعلها هل أدلكم على تجارة نجيبكم من عذاب

أليم تؤمنون بالله الآية لانه تبيين لا تفسير وبينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم) أقول وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة

(ولو قال مختك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) (ولو قال داري لك هبة سكتي أو سكتي هبة فهي عارية) لان العارية محكم في تعليق المنفعة والهبة تحتلها وتحتمل تعليق العين فيصير المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمري سكتي أو تحملي سكتي أو سكتي صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه (ولو قال هبة تسكتها فهي هبة) لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكتي لانه تفسيره

يعني في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عر في فيكون قوله ههنا لان العمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى (أقول) بقي اشكال وهو انه قد تقر في كتب الاصول أنه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند أبي حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي أولى والعمل به أو اما اذا كانت الحقيقة مبهورة فالعمل بالمجاز اتقا فاذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مبهورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم أن يكون العمل عند أبي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف وهو تعليق العين فينبغي أن يحمل العمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل أبي حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتمدة على الاول من غير أن يذكر الخلاف في شيء منها فليست أمثل ثم ان قول صاحب الكفاية فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يرجح أحد معنييه أو معانيه بالدلالة أو الأمارات على ما تقر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان قوى الهبة يحمل عليها وان لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فأين هذا من ذلك (قوله ولو قال مختك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما ذكر في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة كذا في الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولافلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة العمل وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله مختك هذه الجارية عارية وان قوى بالمنحة الهبة وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله مختك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا لم يرد بها الهبة وقال في التعليل لان مالك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تعليق المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تناقض وأما ثانيافلان تعليل هذه المسئلة بما ذكر في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة منظر فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال مختك هذا الدرهم أو هذا الطعم فهو هبة ولو قال مختك هذه الارض أو هذه الجارية فهو عارية وقال فالأصل ان لفظة المنحة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتمدين وقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه (قوله لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسير) اذا فعل لا يصلح تفسير الاسم كذا في البسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكتها فعل مخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر محتارا العامة (أقول) ليس هذا صحيح لان قوله تسكتها ليس بفعل مخاطب وانما فعل المخاطب السكتي الذي دل عليه لفظ تسكتها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ التسكلم فعل

المخاطب

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة مقسومة الخ) الموهوب اما أن يحتمل القسمة أولا وضابط ذلك أن كل شيء يضره التبعض فيوجب نقصا في ماله لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التمر على التخليل دون التخليل أو الزرع في الارض دونها فان الموهوب ليس بمحوز أي ليس بمقبوض والثاني عن المشاع فانه اذا خرق قبض التمر الموهوب على التخليل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لانه غير مقسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه المحوزة مقسومة لان الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه فخر زافانه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أقرزه وسلم صحته ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا ان هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها للملك على الافراز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الافراز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة جائزة لان المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا ودية النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه عند ذكر وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك الموهوب لانه عقد غليل وهو ظاهر وعقد التملك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشروع لا يمنع عام القبض (١٣١) في هذه العقود بالاجماع فاذا باع

وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا وان خرج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان السلم مضافا الى محله ولا مانع ففكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشروع مبطلا أجب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهده ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشروع لا يبطل التبرع حتى يكون مائة انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف وهذا

قال (ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة) وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد غليل فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشروع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب

المخاطب (قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشروع كالقرض والوصية) قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي حكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا له لان المحلية عين القابلية أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ففكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشروع مبطلا أجب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهده ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشروع لا يبطل التبرع حتى يكون مائة انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف وهذا

(١٦ - تكمله سابع) فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع ففكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشروع مبطلا أجب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهده ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم الى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرطه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشروع لا يبطل التبرع حتى يكون مائة انتهى كلامه (أقول) تعسف الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لان المشاع اشارة الى جواز عقد الهبة فيقتضي هذا أن يكون قول المصنف وهذا

(قوله اما أن يحتمل القسمة أولا الى قوله فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالدار الخ) أقول قوله فالثاني ناظر الى قوله أولا والاول ناظر الى قوله اما أن يحتمل القسمة (قوله وتصحيحه بما ذكر) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف (لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك) أقول فان قيل نحن لا ننازع في كون المشاع محلا للعقد فلا ماس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر وجهه بأدنى تأمل (قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم) أقول معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم

ولان في تجويزه الزام الواهب

ضرره مرضي لان اقدمه على هبة المتاع يدل على التزامه ضرر القسمة

والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أوجب بأن المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا

يستلزمها ولهذا أي ولان في تجويزه هذا العقد الزام

مالم يلتزم امتنع جوازه قبل القبض لثلا يلزمه

التسليم وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة بخلاف

مالا يقسم لان الممكن فيه هو القبض القاصر فيكتفي

به ضرورة ولأنه لا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل

لزمه المهايأة وفي إيجابها الزام مالم يلزم بالعقدة ومع

ذلك العقد جائز فلتسكن مؤنة القسمة كذلك

(قوله أوجب بأن المرضي

منه ليس القسمة ولا

ما يستلزمها لجواز أن

يكون راضيا بالملك المشاع

الى قوله وهو لا يتحقق

بدون مؤنة القسمة)

أقول وفيه بحث فانه

يعلم أنه اذا طلب شريكه

القسمة لا ينفعه أبأؤه على

أن له أن يرجع عن هبته

ولا تلزمه المؤنة فليتأمل

(قوله فان قيل لزمه

المهايأة وفي إيجابها الزام

(١٣٢)

شيأما يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجويز ذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا

ولان في تجويزه الزامه شيأما يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لثلا يلزمه التسليم بخلاف مالا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به ولأنه لا تلزمه مؤنة القسمة

لان المشاع الخ دليل على أصل مدعى الشافعي وهو قوله تجوز في الوجهين فيكون دليله لا ثانيا عليه فكان ينبغي أن يقول المصنف ولان المشاع يدل قوله وهذا لان المشاع والثاني أنه ارتكب تقدري مقدمات حيث قال فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع غنة فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حل قول المصنف وكونه تبرعا الخ على الجواب عن سؤال رد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع غنة والحق عندي أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع لا اثبات أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى

وهذا أي صحته في المشاع أو كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محله فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما

فظاهر جدا وأما الثاني فليس قوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور

بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا لا يجوز في المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزام عليه مالم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع

لا يمنع الشيوع كالتقراض والوصية يعني أن الشيوع في التقراض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب

العناية وهو حل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر (قوله ولان في تجويزه الزامه شيأما يلتزمه وهو مؤنة القسمة) يعني ان في تجويزه عقد الهبة في المشاع الزام

الواهب شيأما يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان اقدمه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أوجب بأن

المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها كذا في العناية أخذ من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني (أقول) في الجواب

ببحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعنى قوله ولان في تجويزه الزامه شيأما يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويزه شيء انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو

ثبوت الملك له وهو له وشيأما يستلزمه حكمها وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيأما من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويزه الهبة في شيء فاذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيأما يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجويزه الهبة

المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك المشاع وهو الذي ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفروز وهو يستلزم القسمة لانا نقول

لانسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفروز بل حكمها هو الملك مطلقا لا ترى ان هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة جائزا لا اتفاق وحكمها ثابت قطعاً مع ان حكمها هناك ليس الملك المفروز بل لا ريب بل هو الملك

المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفروز لم يصح قول المجيب ان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعاً ولو كان حكمها مطلقا هو الملك المفروز تعين

الرضا منه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفروز هذا واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه أبأؤه على أنه أن يرجع عن

أجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والتبرع به هو العين ولقائل أن يقول إن الزام ما لم يلزم الواهب به قد الهبة إن كان مانعا عن جوارها فقد وجد وأن خصصته بعوده إلى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لأن المهاياة لا يحتاج إليها ولا يلزم ما إذا أنشأ الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لأن ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره أن الشيوخ مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فإن القبض فيها شرط للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح نفيه أجيب بأن كلاهما فيما يكون القبض منصوصا عليه لتبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولا نهاعقد ضمانا فينا سب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل إذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سيأتي والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي (١٣٣) والعبد وعقد ضمان من وجه فان

المستقرض مضمون بالمثل
فليس به بالتبرع شرطنا القبض
فيه وليس به بعقد الضمان
لم نشترط فيه القسمة عملا
بالشبهين على أن القبض
فيه ليس منصوصا عليه فإعني

والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولا نهاعقد ضمانا فتنا سب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوخ قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لماذا كرنا (فان قسمه وسلمه جاز) لأن نعامه بالقبض وعنده لا شيوخ

على الكمال (ولو وهب من
شريكه لم يلزم) وإن لم يلزم
فيه مؤنة القسمة (لأن الحكم
يدار على نفس الشيوخ) فإنه
مانع عن كمال القبض فيما
يجب القبض فيه على الكمال
فبكانه إشارة إلى الوجه الأول
وعلى ذلك قبل الوجه الثاني
غير متمش في جميع الصور
ولا يكون صحيحا وهو غلط لانه
علة النوعية لا ثبات نوع
الحكم وذلك لا يستلزم
الاطراد في كل شخص (ومن
وهب شقصا مشاعا فالهبة

هبة ولا تلزمه المؤنة فليتامل اه (أقول) كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط أما الاول فلا نه وان علم أنه إذا طلب شريكه القسمة لا ينتفعه بأثره إلا أن طلب شريكه أياها غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد إنما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولو أزمه لأبما هو من محتملات ذلك وأما الثاني فلا نه في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تحجيزه المشاع الزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجب وزواياضاهل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هـ ذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه على أنه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق في الموانع عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المخذور في مثل ذلك ثم أقول ببق شيء في أصل هذا التعليل وهو أن الواهب المشاع إما أن يرضى بالقسمة أو يمنع عنها فان رضى بها كان ملزما أياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزامه ما لم يلزمه وإن امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أبي حنيفة لأن مؤنة القسمة على الطالب دون الممنوع عنده على ما يجي في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أنه إن لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد تلزمه المهاياة وفي

فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا بحوزة وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى ما ذكرنا من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيدا لقوله (فان قسمه وسلمه جاز لأن نعامه بالقبض وعنده لا شيوخ) وبه تبين أن المانع من الشيوخ ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلمها لجهة جازت

(قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول أشار به قوله بذلك إلى قوله بعوده الخ (قوله لأن ذلك بالاتلاف) أقول يعني ليس ذلك حكم العقد بخلاف القسمة فإنها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد (قوله فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيه أنا لا نسلم كون القبض منصوصا عليه في الصرف ومعه في قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين ولزوم القبض ضرورة التعيين على ما حققه المصنف في باب الربا (قوله وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول قال الرافعي في شرح الو جيز الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره وبه قال مالك وأحمد وعند أبي حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك وبالفق قال لو وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضا انتهى في قوله وعند أبي حنيفة الخ بحث لا يخفى

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة الخ) بنى كلامه ههنا على أن المحل إذا كان معدوما حالة العقد لم ينقذ إلا بالتجدد بخلاف ما إذا كان مشاعا فإنه بعد الإقرار لا يحتاج إلى التجديد (١٣٤) وذلك واضح لصلاحية المشاع للعلية دون المعدوم وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف

بقوله لا يجوز هبة المشاع وقوله
قالهبة فاسدة وقوله لان
امتناع الجواز لا اتصال هو
عدم افادة ثبوت الملك فلا
يتوهم انه اختار قول من ذهب
الى عدم الجواز لانه لو كان غير
جائزا لاحتاج الى تجديد العقد
عند الافراز في المشاع كافي
المعدوم وانما جعل الرهن في
السهم والدقيق والحنطة
معدوما لانه ليس بوجود
بالفعل وانما يحدث بالعصر
والطحن ولا معتبر بكونه
موجودا بالقوة لان عامة
الممكنات كذلك ولا تسمى
موجودة واذا كان العين في
يد الموهوب له لا يحتاج الى
قبض جديد لا لتفاه المانع وهو
عدم القبض فاذا وجد القبض
أمانة جاز أن ينوب عن
قبض الهبة بخلاف ما إذا
بأنه منه لأن القبض في
البيع مضمون فلا ينوب عنه

قال (ولو وهب دقيقا في حنطة أو ذهنا في ممسم قالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن في اللبن
لان الموهوب معدوم ولهذا الواستقرجه الغاصب عليه والمعدوم ليس يحل للمالك فوقع العقد باطلا فلا
ينقذ إلا بالتجدد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتبليط وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر
الغنم والزرع والتخل في الارض والتمرق في التخل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز لا اتصال وذلك يمنع
القبض كالشائع قال (واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها قبضا)
لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما إذا باعها منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب
عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه

قال المصنف (وهبة اللبن في
الضرع) أقول قال صاحب
التسهيل أقول في البيوع ان
النوى في التمر لا يجوز بيعه
وان أخرجه وسلمه إلا ان يجدد
بيعاً جديداً للشك في وجوده
واللبن في الضرع كذلك فينبغي
أن لا تصح هبته وان سلم كبهه
انتهى قال المولى الشهير
بخضر شام رحمه الله تعالى
والفرق ظاهر اذا الوجود

ايجابها الزام ما لم يلزم ومع ذلك العقد جائز قلنا كمن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة
تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع انما لاقت العين ولا
الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمناً في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة
ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل أن يقول الزام ما لم يلزم الواهب
بعقد الهبة ان كان مانعاً عن جوارها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب
بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عودته الى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة
بأخراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها اه كلامه (أقول) لا يرى في الجواب
الذي ذكره كثر طائل في دفع سؤال سائل لان حاصله ان في عودته الى ما تبرع به الزامه اخراج
عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فلقائل أن يقول ان لم يكن في المهايأة الزامه
اخراج عين عن ملكه ففقه الزامه ازالة تنفع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول أكثر ضرراً من الثاني
مطابقاً لمسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته
فتكون أزالته عن الانتفاع بها أشق على الانسان وأكثر ضرراً له من اخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته
عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فتقتضى في صورتين معا غير أن الزائد عليها في احدهما العين
وفي الاخرى المنفعة والاظهر في الجواب عندي أن يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم
التحكم لان المحذور في الزامه ما لم يلزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المناقاة فان التبرع ضد الزوم فهما
لا يجتمعان في محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا يلزم المناقاة فان المهايأة لاقت المنفعة والهبة
لاقت العين فلم يصادف الزام والتبرع اذ ذلك محلاً واحداً فلا محذور فيه ثم ان صاحب غايه البيان
بعد ان بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يتحمل
القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك الى الزام التبايؤ فنقول لا نسلم
لان التبايؤ ليس واجباً لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة اه
كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التبايؤ يجب ويجري فيه جبر القاضى اذا طلبه أحد
الشركاء سيما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة
وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بأن القياس يأباه ولكننا
تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها وللحاجة اليه اذ ينعذر
الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة فتقوله لهم في هبة المشاع فيما لا يتحمل القسمة يؤدي ذلك الى الزام
التبايؤ مما لا يقبل المنع أصلاً (قوله واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها
قبضا الى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه) والاصل في ذلك أن نجانس القبضين بجو زبانية

بالفعل كاف في الهبة وان لم يتعين به بخلاف البيع لانه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط في انعقاد
البيع القدرة على التسليم دون الهبة والتقرير بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج الى قبض) أقول كتابة عن الملك (قوله لا تنقله المانع)
أقول ووجود المقتضى وهو ظاهر لكن يبقى هنا بحث والاظهر ان يقال لوجود الشرط وهو القبض

قبض الامانة والاصل في ذلك أن تجانس القبض يجوز زيادة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز زيادة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في شخص أو عارية فوهبه آياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه آياه لم يحتاج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه باعلام ما وهبه له وليس الشاهد بشرط الآن فيه احتياطاً للتحرز عن بخود الورثة بعد موته أو وجوده بعد ادراك الولد (لأنه) أي لأن الموهوب (في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة) ويدمودعه كبد (بخلاف ما إذا كان موهوباً أو مغصوباً أو مبيعاً يباع فاسداً (١٣٥) لأنه في يد غيره) يعني في الأولين (أو

في ملك غيره) يعني في الأخير (والصدقة في هذا كالهبة) وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له (وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولاية القبض) وكذا كل من يعوله (نحو الأخ والعمة والأجنبي جاز له قبض الهبة لأجل التميم قبل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الإيضاح ويختصر المكرى أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أو الأب بعد الأب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحاً محرم منه أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يده كبد بخلاف ما إذا كان موهوباً أو مغصوباً أو مبيعاً يباع فاسداً لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله

أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز زيادة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه آياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه آياه لم يحتاج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرهما (أقول) يرد على ظاهر قوله أو يبيع فاسد فوهبه آياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشد إليه المصنف فيما ساقى بعد أسطر بقوله أو في ملك غيره في قوله لأنه في يد غيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح فاطبسة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض يبيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه آياه بعد قوله يبيع فاسد فالجواب أنه قد مر أيضاً في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسحة قبل القبض وبعده رفعاً للفاسد فالمراد بقوله فوهبه آياه فوهبه في البيع الفاسد بعد أن فسح العقد حينئذ ينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته آياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسحة للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المثل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو يبيع فاسد بقوله بلا إذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجي بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطنة أنه لا حاصل لما ذكره إذ لا يتصور بيع فاسد بلا إذن البائع لأن البيع مطلقاً لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول والإيجاب هو الأذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلا إذن البائع هو المالك فيجوز أن يبيع فضولى مال أحد بغير إذن ماله ببيعاً فاسداً أو بقبضه المشتري لا نقول فإن أذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع أي المالك وأن لم يأذنه فيه لا ينفذ البيع أصلاً فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أي

التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له حينئذ لا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض الهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لأنه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو معطوف بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب

(قوله أو يبيع فاسد) أقول بلا إذن البائع فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجي بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قبل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب في أربع مسائل

(وان وهب له صغيراً أجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه ملك) الامر (الذي اربعين الضرع والنفع فالنفع الهض اولى بذلك) قال (واذا وهب اليتم هبة الخ) اذا وهب للتميم مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب او احد اليتم او وصيه لان لهؤلاء ولاية على التيم لقيامهم مقام الاب وان كان التيم في حجر أمه أي في كفها وترتيبها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية وكذا اذا كان في حجر أجنبي يريه لان له دامت معتبرة ألا ترى أن أجنبياً آخر لا يتم كمن من نزع من يده فملك ما تمحض نفعاً في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه (١٣٦) وهو عاقل جازل لانه نافع في حقه وهو من أهله أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعه له

(وان وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الاب) لانه ملك عليه الدائرين النافع والضائر فأولى أن ملك النافع قال (واذا وهب للتميم هبة فقبضها له وصيه وهو وصي الاب او احد اليتم او وصيه جاز) لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان في حجر أمه فقبضها له جائز) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهما ذان باب لانه لا يبق الاب المال فلا بد من ولاية التحصيل (وكذا اذا كان في حجر أجنبي يريه) لان له عليه دامت معتبرة ألا ترى أنه لا يتم كمن أجنبي آخر أن نزع من يده فملك ما تمحض نفعاً في حقه (وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقل جازل لانه نافع في حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغير يجوز قبض زوجها الهبة بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف وملككم مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير حاجب لا يملك كونه الاب بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح

فان قبل عقد الصبي اما أن يكون معتبراً أو لا فان كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه وان كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر اتوفر المنفعة عليه وفي اعتبار الخلف توفرها أيضاً لانه يفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزاً انظر له ولهذا لم يعتبر عقله في المترددين النفع والضرر سد الباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يستتم النظر في عواقب الامور فلا يد من حسمه برأى الولي واذا وهب للصغير هبة ولها زوج فاما أن زفت اليه أولاً فان كان الاول جاز قبض زوجها الهبة لان الاب قد فوض أمورها اليه وهي حين زفها اليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذا لو قبضت بنفسها وأطلق

قبض الهبة لاجل التيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والم والاخني كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحد وحذوه بعد هذا البيان أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ويختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذ لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد أو الاب بعد الاب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحهم محرم منه أو أجنبياً لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من ملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت فوع ولاية له حينئذ ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اه وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقبول وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً لكنه اقتصر على ذكر الحد ووصيه للعلم بأن الحد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب اه كلامه (أقول) ليس هذا بتوجيه صحيح اذ قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدماً على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيداً وليس ذلك بقطعي ولكن السابغ الى الفهم في الخطايات وأما اذا كان مؤخر أعني المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضاً أصلاً وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيصير ما هو منه صاحب العناية (قوله) وملككم مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير حاجب لا يملك كونه الاب بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله وملككم مع حضرة الاب أي وملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وكان هذا احترازاً عما ذكر في الايضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً

المصنف عن كونها يجمع مثلها لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت ممن لا يجمع لا يصح قبض الزوج وقال لها وحضور الاب لا يمنع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً بخلاف الام وكل من يعولها غير هاتهما لم يملك كونه الاب بعد موت الاب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملككم مع حضرة الاب كما ذكرنا (قوله) وكذا اذا كان في حجر أجنبي (أقول كالقبط) (قوله) وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف (أقول لكنه معتبر ولهذا يملك بقبض الاب أيضاً (قوله) فالجواب أن عقله في قوله ولهذا لم يعتبر عقله في المترددين (أقول يعني لم يعتبر عقله في التردد

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يمكن كونه الابعدموت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها فان كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج لها لان ذلك يحكم أنه يعولها وان له عليها يدامستحقة وذلك لا يجوز قبل الزفاف قال (واذا وهب اثنان من واحد اداً ارجاز الخ) واذا وهب اثنان داراً من واحد جاز لان قضاء الشيوخ لان الشيوخ اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما مسلماً هاجت وهو قوله قد قبضها جلة فلا شيوخ وان كانت بالعكس لا يجوز عند أبي حنيفة وقال لا يجوز لان هذه هبة الجلة بينهم ما لاتحاد التملك ولا شيوخ في هبة الجلة كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأخير الشيوخ في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة (١٣٧) ثم انه لو رهن من رجلين جاز

قالهية أولى ولاى حنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كولو وهب النصف لكل واحد منهم ما يعقد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التملك ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وهو غير متمم فكان الشيوخ وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوخ لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك يثبت التملك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوخ انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعاً فما اذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعاً ووجه ذلك أن يقال ان سلمنا أن الشيوخ انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين

لان تصرف هؤلاء الضرورة لا تقوى اب ومع حضوره لاضرورة قال (واذا وهب اثنان من واحد اداً ارجاز) لانهم مسلماً هاجت وهو قد قبضها جلة فلا شيوخ (وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقال لا يصح) لان هذه هبة الجلة منهما اذ التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كما اذا رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ

وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يمكن كونه الابعدموت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها انتهى كلامه واقفى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظراً لان شيخ الاسلام خواهر زاده قال في مبسوطه فن مشايخنا من سوى بين الزوج وبين الأجنبي والاب والجد والاخ وقالوا لا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عياله وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بأن قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الأجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قرب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عياله فـ لا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه أن في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجت لا يمكن كونه الابعدموت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولاً آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازاً عنه كما لا يخفى وأنا أتجنب من صاحب العناية أنه بعد ما رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات أخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقاً بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حينئذ فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعوا اليه وأما بعده من حيث المعنى فبلا شبهة لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الإيضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً لقال ويملك مع حياة الاب بدل قوله يملك مع حضرة الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل تقف (قوله) ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ) قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد

وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حله وليس المانع منحصراً فيه بل الحكم بدور على نفس الشيوخ لامتناع القبض به (قوله) قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية اخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها) أقول قال الامام جلال الدين الخبازي من مشايخنا من سوى بين الزوج والاجنبي والام والجد والاخ في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير في عياله وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره حينئذ في قوله ليست رواية اخرى بحث (قوله) وهذا استدلال من جانب الملك (أقول) لو كان تقرر بالدليل ما رده الشارح لغا قول المصنف فيكون التملك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا التليين استدلال من جانب التملك

(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهد به ووجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كلاً ولهذا الوضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن وذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية الأصل وذلك لأن رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيه ما عمن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفها على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفسوق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شيء بله فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص فلا شيوع فيها (١٣٨) وأما الهبة فيراد بها وجه الغنى والفرص أنهما اثنتان وقبل هذا هو الصحيح وتأتي

بمخلاف الرهن لان حكمه الحس و ثبت لكل واحد منهما كلاً اذ لاتضاف فيه فلا شئوع ولهذا لو
قضى دين احدهما لا يسترد شيئاً من الرهن (وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم
او وهبها لهما جاز ولو تصدق به على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقال ابو جوز اللخيني ايضا) جعل كل واحد
منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما متعلك بغير بدل و فرق بين الصدقة والهبة
في الحكم وفي الاصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشئوع مانع في الفصلين اتوقفهما على
القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه
الغني وهما اثنتان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين
دار الاحدهما نلتها والاولا آخر نلتها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما
نصفها والاولا آخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

منهم ما في المصنف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع
بل هو ازالة الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك اذا حكم ثبت بقدر رد ليله
وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ماحوره
الشارح انما يقول المصنف فيكون التملك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين
استدلال من جانب التملك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من
جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لما حث قول المصنف
فيكون التملك كذلك وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه
من الابتداءية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التملك أيضا كذلك
فيحصل من المجموع غمام الدليل ثم ان غنوه والظاهر من مساق المصنف ان كلا الدليلين استدلال من
جانب التملك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو هو لرجل من دارا لحد هما ثلثاها
وللاخر ثلثه الم يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحد هما نصفها
وللاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة اما أن يكون ابتداء من غير سابقة
الاجال أو يكون بعد الاجال فان كان الاول لم يجوز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالفضل كالثلث
والثلثين أو بالتساوي كالنصف وان كان الثاني لم يجوز عند أبي حنيفة مطلقا أي سواء كان متفاضلا
أو متساويا وجاز عند محمد مطلقا ونرى أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة في المفاضلة لم يجوز في
المساواة يجوز في رواية وقد أشار اليه المصنف بقوله عن أبي يوسف فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية

ماذا كرفي الاصل الصدقة
 على غنيين فتكون مجازا
 للهبة ويجوز المجاز على
 ما ذكره في الكتاب ان
 كل واحد منهما تامل بغير
 بدل قال (ولو وهب لرجلين
 دار الخ) اعلم ان التفصيل
 في الهبة اما أن يكون
 ابتداء أو بعد الاجال فان
 كان الاول لم يجوز بالاخلاف
 سواء **==** ان التفصيل
 بالتفضيل كقوله وهبت لك
 ثلثي شخص وهبت لك
 ثلثي لا خير أو بالناووي
 كقوله لشخص وهبت لك
 نصفه ولا خير كذلك ولم
 يذكره في الكتاب وان
 كان الثاني لم يجوز عند أبي
 حنيفة مطلقا أي سواء
 كان متفاضلا أو متساويا
 مر على أصله وجاز عند محمد
 مطلقا مر على أصله وفرق
 أبو يوسف بين المساواة
 والمفاضلة في المفاضلة لم
 يجوز وفي المساواة جوز في
 رواية على ما هو المذكور
 في الكتاب بقوله وعن أبي

يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية

يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف ومصابح النهاية
 قوله فان كان الاول لم يميز بالاخلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثيه لشخص وهبت لك ثلثيه لا
 بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولا خرك ذلك ولم يذكره في الكتاب اقول قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لا
 متعلق ايضا والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثيه وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثيه وقوله التفصيل بالصاد الموحدة وقوله
 بالتفضيل بالصاد الموحدة وقوله او بالتساوي معطوف على قوله بالتفضيل والضمير في قوله ولم يذكره راجع الى الاول في قوله فان كان
 الاول لم يميز بالاخلاف

جعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدا بيا ونقل عن عامة النسخ من التخييرة والابضاح وغيرهما أنه لم يحز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفضيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدا بيا والفرق لابي يوسف ما ذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفضيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز واما رواية الجواز فليكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بحاجة الى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل ان في قوله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع اخلال حيث لا يعلم بماذا كرموضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلاف من الابعاض فإنه لو نص على الابعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكاهذه الدار لك نصفها ولهذا انصفها جاز واما لا يجوز عنده التنصيص على الابعاض بالتنصيف اذ لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن أصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بحاجة الى الدليل بل بانها على أصله ووضع دلالة التنصيص على الابعاض على تحقق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذ ارهن من رجلين ونص على الابعاض (١٣٩) خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناء

على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز وعدمه في الهبة أيضا وهو أن التفصيل اذ لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغوا كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال غلظ كل واحد منهما النصف ولم يزد التفصيل على ذلك شيئا فكان لغوا اذا خالفه كما في التثليث كان معتبرا ويفيد تقرير العقد فكان أنه واجب لكل واحد منهما العقد في جزء شائع محلا لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فان حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت

فأبو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذ ارهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدا بيا حيث قال ولو فصل ابتدا بيا بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بأن قال لاحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا انصفها لم يحز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والابضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتدا بيا انتهى (أقول) يرشد الى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها لم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها والاخر نصفها اذ لو خرف نصفها اذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الأولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الأولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه

باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع

(١٧ - نكملها سابع) حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للهوب له غير لازم فكان الرجوع ههنا وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج الى ذكر ذلك وهذا الباب لبيان (قوله وليس بظاهر) أقول أي ما ذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول بظاهرا لقربه (قوله على التفصيل بعد الاجمال) أقول فان قيل بمنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعليل أي دليل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوي) أقول الباطن متعلق بالضمير في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لانه يستدل) أقول هذا فاطر الى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول يعني يستوى في الرهن المساواة الخ

باب الرجوع في الهبة

(قوله وهذا الباب لبيان) أقول فيه بحث

(واذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالأجنبي ههنا من لم يكن ذارحماً محرم منه فخرج منه من كان ذارحماً وليس بمحرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرم ما ليس بذى رحم كالإخوة الرضاعى وخروج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها إليه والثاني ولم يقتصر من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعى لا رجوع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما بهب لولده) روى ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما (ولأن الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضى ما يضاده) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وتقر به (١٣٠) أنا لا نسلم ذلك لأن التملك لم يتم لكونه جزءاً له (قوله على أصله) أى على الشافعى فإن

من أصله أن للابح حق الملك في مال ابنه لأنه جزءه أو كسبه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى ما لم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون بهبة لأن ذلك لا يصح لأن قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حق ولا حق لغيره قبل التسليم ولا نلوه كان كذلك لخلاف قوله ما لم يثب منها عن الفائدة أذ هو أحق وإن شرط العوض قبله

قال (واذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعى لا رجوع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما بهب لولده ولأن الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضى ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه لم يتم التملك لكونه جزءاً له ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى ما لم يعوض

الرجوع وموانعه وهذا باب (قوله وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج إلى القيد أى إذا وهب هبة لأجنبي أو لذى رحم ليس بمحرم أو لذى محرم ليس بغيره وسلمها إليه ولم يقتصر ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حال عقد الهبة فله الرجوع فيها ما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه وبين كون هذه القيود محتاجة إليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالأجنبي ههنا من لم يكن ذارحماً محرم منه فخرج منه من كان ذارحماً وليس بمحرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرم ما ليس بذى رحم كالإخوة الرضاعى وخروج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلمها إليه والثاني ولم يقتصر من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى (أقول) في قوله وخروج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاحش إذ لو قصد بالتدكير في قوله وهب وأجنبي إخراج المؤنت لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما بقي منها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب أن التدكير الواقع في هذه المسئلة ليس لإخراج المؤنت وانما هو للجرى على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكر على الأنثى كفى خطابات الشرع على ما تقر في علم الأصول وإن الزوجين انما يخترجان من هذه المسئلة بشأن القيد الذين اعترف الشارح المزبور أيضاً بأنه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره ذلك أن لم يقتصر من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة إذ لا شك أن الزوجية من جملة تلك الموانع ثم أقول لما منع أن يمنع انقضاء القيد الأول من ذلك القيد في أثناء كلام القدورى في مختصره والعهد في هذه المسئلة على القدورى لأنها من مسائل مختصرة فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى ما لم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون بهبة لأننا نقول لا يصح ذلك لأنه أطلق اسم الهبة على المال وإذا لا يكون قبل القبض والتسليم ولأنه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضى أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولا نلوه

(قوله ذارحماً محرم) أقول جرح على الجوار (قوله وخروج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول فيه أنه لو صح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة بهب أحدهما لا خربل الوجه حاله خروجه إلى القيد الثاني الذي لا بد منه فإن النساء يدخلن في أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم

(قوله أحدهما وسلمها إليه) أقول لا بد من هذا القيد ولا لا يكون رجوعاً بل امتناعاً ولا خلاف في جوازه (قوله) كان والثاني ولم يقتصر من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة (قوله والعقد لا يقتضى ما يضاده) أقول من الذى ادعى الاقتضاء (قوله أى على الشافعى) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعى (قوله فإن من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله في تجوز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته) أقول ولك أن تتأمل في أحقية الواهب بعد التسليم فإن الثابت للوهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التملك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الأول الآن يقال الأحقية باعتبار أن الواهب حق التملك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لأن للوهوب له حق القبض للتملك في المجلس عندنا على ما مر (قوله ولا نلوه) كان كذلك لخلاف قوله ما لم يثب منها عن الفائدة الخ (أقول هذا يجرى إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح

ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت له ولاية الفسخ عند فواته إذا انعقد بقبوله والمراد بما
روى نفي استبعاد الرجوع واثباته للوالد

كان كذلك لحال قوله ما لم يثبت منها عن الفاتدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية
والكفاية وهكذا ذكر في العناية أيضا إلا الوجه الأول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب وقد
أشأ في الكافي أيضا إلى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهيته
ما لم يثبت منها أي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لأنها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم
وأضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له كرجل يقول أنا كذا خبز فلان الخبز وان كان اشتراها منه
ولأنه أثبت للواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد
تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولأنه متهذا الحق إلى وصول العوض إليه
وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى (أقول) في الوجه الأول والثاني من تلك الوجوه بحث
أما في الأول فلان عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان
القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما نقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة
الهبة ولتنسليم عدم صحة إطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز إطلاق ذلك عليه
مجازا باعتبار ما يؤول إليه كما في نحو أرائي أعصر خراوق قد جوزت إضافتها إلى الواهب باعتبار أنها كانت له
وهذا ليس بأبعد من ذلك وأما في الثاني فلأنه قد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل
مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والإضافة
ومن ومنه قوله تعالى وهو أهن عليه اذ ليس شيء أهن على الله تعالى من شيء فلفظ أحق في هذا
الحديث المذكور عار عن الأمور الثلاثة المزبورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير
المعنى الواهب حقيق بهيته ما لم يثبت منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون
صيغة أفعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعارض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل
مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى
أن الاحتمال كاف في مقام المنع فادح في مقام الاستدلال على أن لقائل أن يقول لو كان معنى
التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق
الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنهما مكرها ولما قال النبي عليه الصلاة والسلام العائد في هبته
كالعائد في قبضه لأن الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الناضل وترجيح الغالب فالوجه تجريده
أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للقامين وتوفيقا للكلامين فتأمل ثم إن بعض
الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يحجر إلى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه
الشارح يعني صاحب العناية (أقول) صرح الحق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة وال ترجيح
بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور (قوله ولأن المقصود بالعقد هو التعويض
للعادة) لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من
يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير بخلاف المدعى حيث خص
التعويض بالتساويين والمدعى كان أعم انتهى وقد سبقه إلى هذا الدخيل الشارح العيني حيث قال
بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثالث ومع هذا الرجوع في النكل
ما لم يعوض انتهى (أقول) يمكن توجيهه ما ذكر في العناية بأن المراد بالتعويض في قوله وإلى من
يساويه ليعوضه هو التعويض المالي وبالتعويض في قوله إن المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم

(ولأن المقصود في الهبة
هو التعويض للعادة) لأن
العادة الظاهرة أن الإنسان
يهدى إلى من فوقه ليصونه
بجاهه وإلى من دونه
ليخدمه وإلى من يساويه
ليعوضه وإذا طرق الخلل
فيما هو المقصود من العقد
يمكن العاقد من الفسخ
كلشترى إذا وجد بالمبيع
عيبا فثبت له ولاية الفسخ
عند فوات المقصود إذا انعقد
يقبله والمراد بما روى نفي
استبعاد الرجوع) يعني
لا يستبعد الواهب بالرجوع
في الهبة ولا ينفرد به من غير
قضاء أو رضا إلا للوالد

(قوله لأن العادة الظاهرة
أن الإنسان يهدى إلى من
فوقه ليصونه بجاهه الخ)
أقول المفهوم من هذا
التقرير خلاف المدعى
حيث خص التعويض
بالتساويين والمدعى كان أعم

لأنه يتلصق بالحاجة وذلك يسمى رجوعاً وقوله في الكتاب أنه الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباح ثم الرجوع موانع ذكر بعضها

فإنه ذلك إذا احتاج إليه لحاجته وسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (وقوله في الكتاب) أي القدوري (فله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباح) لا يخرج به دليل قوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود حيث شبهه بعود الكلب في قبته وفعله لا يوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة * بإصاحي حروف دمع خرقه فالدال الزيادة والميم موت الواهب أو المستو هو له والعين العوض والغاء خروج الهبة عن ملك المستو هو له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك المستو هو له وذكر المصنف

(قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم) أقول بل شراء (قوله وهذا الاستقباح لا يخرج به) أقول فيه ثبت (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر) أقول لا ظهر في رواية أخرى

التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالخصوص بالتساويين هو التعويض المالي وأما التعويض المطلق فيوجد في الأعلى والأدنى والمساوي والتعجيل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعي أعم فإنه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعرض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه أنه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمكافأة لأن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بمجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه ومنه يقال لا يادى قروض انتهى * ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعجيل لو قيدتني العوض ينبغي أن يمنع الرجوع لأنه ظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يعرض يدل على جواز الرجوع وإن قيدتني العوض انتهى (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأننا لا نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بـ في العوض فإن التعويض من المستو هو له ليس بإيجاب الواهب إياه والغائه بل بحسب مروة المستو هو له وجرى العادة على التعويض وبني الواهب التعويض لا يفتوت ذلك بل ربما يكون نفيه إياه سبباً لهيجان مروة المستو هو له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور على فوعة لانبثاق نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيها من فذ كر (قوله لأنه يتلصق بالحاجة وذلك يسمى رجوعاً) أي باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء أضر باعاً عنه قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لأن المراد بـ في الكتاب الواهب تأخذ به بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا ماس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قولهم للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في تملكه بالشراء على أنهم صرحوا بالاول حيث قال في البدائع فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد ولا قضاء القاضي إذا احتاج إليه للاتفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه إلى ذلك للاتفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعتمرات (قوله وقوله في الكتاب أنه أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباح) قال الشارح العيني قيل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم بشرطون في جوازه الرضا أو القضاء فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون اعانته على المعصية التي هي معصية أخرى متممة للجواز وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لأن قضاء القاضي لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال وإنما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً وقد اعترف المصنف بذلك بأن في أصل الرجوع في الهبة فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر ومكروه انتهى كلامه (أقول) هذا الإشكال انما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ما إذا كان الذي كان مكروهاً انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز

(فقال الآن يعوضه عنها المحصول المقصود أو تزيد زيادة متصلة) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقصان لا يمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المتصلة لا تنفع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة (لانه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم إمكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد) وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا (١٣٣) فرب زيادة صورة كانت نقصانا

في المعنى كالأصبع الزائدة مثلا وطلب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمنصلة بالهبة كس وأجيب بأن الرد في المنفصلة اما أن يرد على الأصل والزيادة جميعا أو على الأصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما أن تكون مفصولة بالرد أو بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لاحالة ولا الى الثاني لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم تنفص الى الربا وأما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على ملكه فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا تكون الزيادة

فقال (الآن يعوضه عنها) لحصول المقصود (أو تزيد زيادة متصلة) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال (أو يموت أحد المتعاقدين) لان يموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه قال (أو تخرج الهبة عن ملك الموهوب له) لانه حصل بتسليطه فلا يتقضه ولانه تجدد الملك بتجديده

الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لانفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنك مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا عانة على أمر مكرره بل فيه اجراء حكم شرعي على أصل ائتمناه وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكباً للمكرره بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه بلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه أيضا الزام المكرره لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكرره بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكرره وانما ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيه متفقاً عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئاً من اختلاف العلماء في مسألة لا يمنع القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فالتدفع الاشكال المذكور بحذفه هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله أو تزيد زيادة متصلة) قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اه (أقول) بل من ذلك القيد الآخر بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالأصبع الزائدة مثلا اه والظاهر أن الاعتبار للعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد أحسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشئ يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال أو مال أو زاد الموهوب في نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصانا معنى كالأصبع الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كله في الذخيرة * ثم أقول بقي ههنا شئ وهو انهم صرحوا بأن الزيادة الصورة التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالأصبع الزائدة لا تمنع الرجوع مع أن الدليل الذي ذكره والمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة أيضا فليست أم

مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة (واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضا لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة وخرج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة من ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجديده) وهو التملك وتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذا في تبدل السبب

قال (فان وهب لا آخر أرضا بيضاء الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم ولا يرى هو المعلق عند العامة وهو المراد عند الفقهاء وعند العرب الآخرة وهي عروة جبل تشد اليها الدابة في حبسها فاعول من تارى بالمكان اذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والوالوالحال لان ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله (واذا قال الموهوب له للواهب) بيان اللفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضا يبطل به الرجوع وأما اذا وهب من الواهب شيئا ولم يعلم الواهب أنه عوض هبته فلكل واحد منهما ما أن يرجع في هبته وليس من شرط العوض أن يساوي الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانه ليست بعوض محضة فلا يتحقق فيها الربا ولا أن ينحصر العوض على الموهوب بل لو عوضه عنه أجنبي متبرعا صرح (واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لا يسقط الحق فيصع من الأجنبي كبذل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه (١٣٤) شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب

مثل أن يكون الموهوب دارا أو العوض بيت منها أو الموهوب ألفا والعوض درهم منها فانه لا ينقطع به حق الرجوع لا ناعلم يبين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافا لفر فانه قال الحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذلك هذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فان قيل هل في قوله متبرعا فائدة أو ذكره تشاها أجيب بأنه من إثبات الحكم بطريق الاولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض المأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لان الموهوب له يؤدي الى المعوض ما أمر به فظاهر افصار كتعويضه بنفسه

قال (فان وهب لا آخر أرضا بيضاء فأثبت في ناحية منها نخسلا أو بني بيتا أو دكانا أو آرابا وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله (وكان ذلك زيادة فيها) لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعذر بزيادة أصلا وقد تكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبيع شيئا منها له أن يرجع في نصفها) لان له أن يرجع في كلها فكذلك في نصفها بالطريق الاولى قال (وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولا ان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كافي القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها به بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعد ما وهب فبطل الرجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتيك أو بدل عنها أو في مقابلتها قبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا (وان عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لا يسقط الحق فيصع من الأجنبي كبذل الخلع والصلح

في التوجيه (قوله فان وهب لا آخر أرضا بيضاء فأثبت في ناحية منها نخسلا) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اه أقول وجهه التأخير ان المصنف ذكره أن يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسألة مختصر القدوري بذ كر مسألة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكرا بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اه (أقول) ليس هذا بشي لان المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمة والزوجة من أصول الموانع بين التفرعات بقوله وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها بقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر ترف (قوله فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) أقول قيد

ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بأمره غير ان المعوض عنه لا يرجع عليه النصف بما عوض سواء كان بأمره أو بغير أمره ما لم يضمن الموهوب له صريحا أما اذا كان بغير أمره فظاهر وأما اذا كان بأمره فلا ن التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمر بالتبرع بحال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان ما لم يضمن

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول الا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول ليس في محله (قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول معطوف على قوله ان يساوي الموهوب قال المصنف (كبذل الخلع والصلح) أقول قال في الكافي عن دم العمد وانما يقيد به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعني يشترط في العوض (قوله لا ناعلم يبين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضا عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول فيه بحث

(واذا استحق نصف الهبة رجع نصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع نصف العوض) فاس أحد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العرض بالعرض فإنه اذا استحق بعض أحدهما يكون المستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء أسهل من الابتداء ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر أنه لا عوض من الابتداء الا هو وعروض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداءً وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بما ذكرنا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم بمبادلة فيوزع البديل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض تلك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام وأما الواهب فبذلك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم أخذ العوض عليه لتسقوط حق الرجوع والعللة لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله إلا أنه) أي إلا أن الواهب (بتخيير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يسلمه ولم يرجع بشيء (لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا يسلمه كل العوض ولم يسلم له أن يرد ما بقي من العوض (١٣٥) وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف الذي لم يعوض لان المانع

الذي لم يعوض لان المانع خص النصف) غاية ما في الباب أنه لم يرد من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كالموعد في النصف لا عوض فان قيل قد تقدم أن العوض لا يسقط الحق فوجب أن يعمل في الكل لئلا يلزم تجزؤ الاسقاط كما في الطلاق أجيب بأنه ليس بأسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتبار وجه خلاف الطلاق قال (ولا يصح

قال) (واذا استحق نصف الهبة رجع نصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء والاستحقاق ظهر أنه لا عوض الا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا يسلمه كل العوض ولم يسلم له أن يرد ما بقي (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء

النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتمدين اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فإنه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما أولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشرح لتطهير هذا في قوله وان عوضه أجني عن الموهوب له متبرعا فنصير (قوله وقال زفر رجع الله رجع بالنصف) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رجع الله رجع نصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف

الرجوع الا بتراضيهما الخ) لا يصح الرجوع في الهبة الا بالرضا والقضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء قبل لأن له الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم اليه قرينة لتقوى بها كالهبة فانها الماضعة لكونها تبرعاً لم يتقد حكمها ما لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حله على اختلاف الصحابة ان ثبت

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك في بيع العرض بالعرض وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد فتأمل (قوله ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أحد الوجهين لا يستقل وجهه الا بملاحظة الآخر ووقع في نسخة مخرقة على الشارح هكذا ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد في إيجاب ما هو حكمه (قوله لكونها تبرعاً لم يتقد حكمها ما لم ينضم اليها القبض) أقول منقوض بمثل بيع الباقلاء والجوز واللوز في قشره فإنه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى الحكم المتقدم على ما يتحقق بعد (قوله والمخلص حله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول وألتابعين بل هو أولى لئلا يخالف أدعاء أصحابنا الاجماع على جواز الرجوع من الصحابة رضي الله عنهم

(قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة
وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور اسماعى ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ
خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصودهم منها أن كان الثواب فقد حصل وإن كان العوض لم يحصل (قوله إذا تردد لا بد
من الفصل بالرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهل) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك
في يده بعده لأن أول القبض غير مضمون وهذا دام على ذلك إلا أن ينعه بعد الطلب لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسخاً
من الأصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عادلياً به بتراضيه ما فاشبه الرد بالعيب فإنه إذا كان
بالقضاء كان فسخاً وإذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدأ والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد
أبداً ثباتاً وهنأراضياً على رفع سبب (١٣٦) غير لازم وذلك لا يوجب ملكاً مبتدأ بل يكون فسخاً من الأصل (حتى

وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت
الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهل لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعده
القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دام عليه إلا أن ينعه بعد طلبه لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء
أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع
جائزاً وموجباً حق الفسخ فكان بالفسخ متوفياً حقاً ثابتاً له فيظهر على الإطلاق

وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهراً من تقرير
المصنف منصوص عليه في الكافي والكفاية وغاية البيان وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل
الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لأن الواهب أن كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع
بملكه وقال تاج الشريعة لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة
المتصلة وبغيرها من الموانع واقتنى أثره صاحب العناية والشارح العيني (أقول) في قولهم ولهذا
يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور أي
فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفاً في ملك الغير في الجميع فلا يصح تقرير
بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتاً بخلاف القياس إذ لو كان علة البطلان ذلك لزم أن
يبطل في جميع الصور لعدم انشكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة
وبغيرها من الموانع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لكونه ثابتاً بخلاف القياس واعتراض
بعض الفضلاء على قولهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص
على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لأنه إن أرادنا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس
أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفاً أمّا المذمور في ذلك إذا الظاهر أن كل
ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت
بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بورد النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وإن

لا يشترط قبض الواهب
ويصح في الشائع) كما إذا
وهب الدار ثم رجع في
نصفها ولو كان الرجوع
بغير القضاء هبة مبتدأة لما
صح فيها احتمال القسمة
كما في الآية بدءاً فصحته
دليل على بقاء العقد في
النصف الآخر والشروع
طارئ لا أثر له فيها (قوله
لأن العقد) هو الدليل
على المطلوب وتقريره
أن هذا العقد جائز الفسخ
لما تقدم من ثبوت حق
الرجوع وما هو جائز
الفسخ يقتضي جواز استيفاء
حق ثابت له ولا فسق في
ذلك بين الرضا والقضاء
لأنهما يفعلان بالتراضي
ما يفعل القاضى وهو
الفسخ فيظهر على
الإطلاق ليشمل التراضي

والقضاء

إراد

(قوله لأنه ثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال في المغرب الوهاء بالمد
خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور اسماعى ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ وهذا خطأ عظيم
لأن الوهي على وزن الرمي يسكون الهاء ومد مثله خطأ لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد لا راجحة (قوله فإذا تردد لا بد من
الفصل الخ) أقول ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تقرير على قوله وفي حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق
بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهل قبله إلى قوله بعده) أقول بمعنى هل قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضي على
سبب موجب للملك) أقول جواباً ببدء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فصحته دليل على بقاء العقد في النصف) أقول فيه بحث
(قوله وما هو جائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير في قوله راجع إلى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين
الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (ثم لا يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضى وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع إلى ما

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة

أراد بذلك أنه يقتضى أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفاً على الرضا أو القضاء فهو ممنوع وإنما يكون كذلك لو كان قوله وفي أصله وهاء عملة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضا أو القضاء وليس كذلك بل العلة التامة لمجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجرى هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا تتأصّل به ثم إن الامام المطرزي قال في المغرب الوهاء بالمدخا وأما هو الوهى مصدر وهى الجبل بهى وهى اذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله عنه صاحب العناية أيضاً وقال وهو خطأ لأن المد المقصور السماعى ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطأ خطأ اه ولا يذهب على ذى فطنة أن الخطأ ههنا انما هو فى كلام صاحب العناية فانه زعم أن الوهى فى قول صاحب المغرب وانما هو الوهى مقصور الوهاء وليس كذلك قطعاً بل هو على وزن الفعل يفتح الواو وسكون الهاء كالرمى ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهى الجبل بهى وهى بيت قال وهى ولو كان مقصوراً لقال وهى كالأبختى وقد تفتن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لأن المد المقصور السماعى ليس بخطأ خطأ لأن جواز المد المقصور السماعى مبنى على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فمن أين يتأتى المد اه ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجهه في قوله وانما هو الوهى يعنى بتسكين العين وتخطئ من وجهه في قوله الوهاء بالمدخا لأن هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما تقول فى قلى وقلاء على وزن فعال وهاء كذلك وقد قال الجوهري القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاء بقليه قلى وقلاء اه كلامه (أقول) أخطأ هذا الشارح أيضاً في تخطئة صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضى أن يكون نفسه أيضاً مصدراً اذ قد تقرر في علم الادب أن مصدر الثلاثى سماعى لا يثبت بالقياس فجى والقلاء مصدران قلى بقلى كاذ كره الجوهري لا يقتضى أن يكون الوهاء أيضاً مصدراً من وهى بهى فان الاول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوهاء بالمدخا بناء على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على أن تخطئته اياه في قوله الوهاء بالمدخا يتأتى تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهى لان في قوله هذا قصر مصدر وهى بهى على الوهى بتسكين الهاء فيكون الوهاء أيضاً صدر آمنه يتأتى ذلك قطعاً ثم إن صاحب الكافي ومن حذا حذوه من الشراح كما حجب الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا من له ولا تامة وهو القاضى أو منهما أو لا يتما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلا تامة منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد اذ قد مر في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العدة دعوضان كل واحد منهما مال ملك البيع ولمن فيه قيمة ثم إن لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده ان كان الفاسد في صلب العقد ولان له الشرط ان كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضاً به بل هو منقوض أيضاً بسائر العقود الغير لازمة لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به في مواضعه وأما ثانياً فلا تامة لان قولهم كالرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا للواهب في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سألني وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضى عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة

وقوله (بخلاف الرد)
جواب عن قياس زفر
وتقريره أن الرد بالعيب
بعد القبض انما كان في
صوره القضاء خاصة لان
الحق هناك في وصف
السلامة حتى لو زال العيب
قبل رد المبيع بطل الرد
سلامة حقه له

لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقض الفسخ فاذا اترضا على ما لم يقضه العقد من رفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضي فانما يقضى ألا عما يقضه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالتراضي فافتداه. أنه لو هوب لانسان فوهب الموهوب له لا خرم رجوع الثاني في هبته كان الاول أن يرجع سواء رجعت الثاني بقضاء القاضي أو بغيره خلافا لفرقي غيره واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فالبائع أن يرد على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة الخ) واذا تلف الموهوب فاستحق فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب (١٣٨) بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضي السلامة وهو غير عامل له أي الواهب

احتراز عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لاجله فان قبل غره بايجابه المالك له في الحال واخباره بانه ملكه والغرر رور يوجب الضمان كالبائع اذا غرر المشتري أجاب أن الغرر رور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لامطالفا وقد تقدم وذكر في الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بعد الاستحقاق رجوع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرر رور في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا فاذا هوب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تب لي هذا العبد لأن يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع

لا في الفسخ فافترا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرر رور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لافي غيره قال (واذا هوب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشروع) لانه هبة ابتداء (فان تقابض صاحبه العقد وصار في حكم البيع رد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهوا وقال زفر والشافعي رجعهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تآخر الملك الى القبض وقد يترأخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

لا في الفسخ فافترا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقض الفسخ انتهى (أقول) فانه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لافي ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقضى ثبوت حق الفسخ عندنا بوجوب قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يهب منها وافوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما قرر فيما مر فلم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالأظهر في تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع أن يقضى ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكون ذلك منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولما انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهي أن قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما يفيد أولوية اعمال الشبهين والمضى وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقرب ويمكن دفعها بعناية فتأمل

أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لأحد منهما (فصل) بدون القبض ويبطل بالشروع فان تقابض صاحبه العقد وصار في حكم البيع رد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق الشفعة فيه لانه بيع انتهوا وقال الشافعي وزفر هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما أمّا أنه مشتمل على الجهتين فظاهر وأما مكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تآخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كافي البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم

(قوله أجاب بأن الغرر رور الى قوله وقد تقدم) أقول يعني تقدم في المضاربة

وقد وجد ذلك في الهبة كما إذا قبض العوض وإذا انتفى المناقاة أمكن الجمع لا محالة فعملنا بما هو معتبرنا بشدها بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء معناها وهو معنى البيع وهو التملك بعوض كالهبة في المرض فانما تبرع في الحال صورة وصية معنى فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ولا يتم بالشروع فيما يحتمل القسمة وانتهاءه بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالها المعاني فلا يجوز إلغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح أن يكون مالكا لنفسه

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعاقذ كرها في فصل على حدة قال (ومن وهب جارية الاجلها الخ) اعلم أن استثناء الاجل على ثلاثة أقسام قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الهبة (١٣٩) ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه

اذا وهب الجارية الاجلها صحته الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسد او الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة

فصل لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعاقذ وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية الاجلها صحته الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) توضيح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في المحل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الجارية لا تحل لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاما لا انقلب شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول المحل تبعاله لكونه جزءا منها فلما استثنى المحل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معني الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان المالك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في المفقوط والجزء من أجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناءه لانه ليس بلفظ اه (أقول) فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء المحل في الوصية أيضا لجرمائه فبمعينه وليس كذلك قطعاً على ما صرحوا به قاطبة وسأقي في وصايا هذا الكتاب ان من أوصى بجارية الاجلها صحته الوصية

في الضرر فانه اذا وهب الصوف على الظهر وأمره بجزءه أو اللين في الضرر وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون المحل وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللين وبأن اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعـل في ذلك نائباً عن الواهب بخلاف الجزاء في الصوف والحلب في اللبن (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة)

فصل ومن وهب جارية (قوله فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول الاولى ترك كلمة من الآن بقال المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن) أقول فيه عساه أنه انتفاخ على ما مر في البيوع (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول فان قيل الظاهر أن الإشارة الى عدم البطلان بالشروط الفاسدة قلنا فيلزم المصادرة

(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) إشارة الى القسم الثاني (لأنه تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسند كرهه فيها (ولو أعتق (١٤٠) ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لأنه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه

بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (فأشبه الاستثناء) في إمكان تجوز الهبة (ولو بر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لأن الحمل باطل هو جعل الحمل موهوبا (وهنا التدبير يمنع عن ذلك فيبقى هبة المشاع) وهي لا تجوز فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أوجب بأن عرضية الانفصال في ثانی الحال ثابتة لاحتمال فأنزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبه المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التكلم بالباقي بعد الثبوت فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوح

بخلاف البيع والاجارة والرهن لأنها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء ولو بر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز لأن الحمل باطل بقى على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير في هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافا إذا أفرد الام بالوصية صح أفرادها ولأنه يصح أفراد الحمل بالوصية فجاز استثناءه منه اه وقال في الكافي هناك فان قيل اذا لم يتناول اللفظ فينبغي أن لا يصح الاستثناء لأنه تصرف في المملوك قلنا يكفي لصحة التزوي به كافي استثناء ابليس على أن محتمل لا تنفقر الى تناول القضي بدليل صحة استثناء فقير حنطة من ألف درهم اه فبذل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية ههنا وطول بالفرق ههنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فانه اذا وهب لرجل على ظهر الغنم من الصوف أو ما في الضرع من اللبن وأمره بجزر الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه جائز له استعماله وفي الحمل لا يجوز وأوجب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبأن أخرج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزر في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وعزاه في النهاية الى الميسوط (أقول) في كل من وجهي الجواب المسد كور نظر أما في وجهه الاول فلأن ما في البطن لم يكن مالا أصلا ولم يعلم وجوده حقيقة لما صح اعتاقه وتذيره وإيصاؤه وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه ويدل على صحة الاولين أيضا المستلذان الاتين ههنا وهما قوله ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو بر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز وأما في وجهه الثاني فلأن كون أخرج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا أمره الواهب بقبض الحمل في الحال وأما فيما اذا أمره الواهب بقبضه بعد الولادة فلا ادعى يمكن له حيث أن بقبضه بعد الولادة أصالة بدون النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السير في ان قال بعض أصحابنا ان أمره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز استعماله كافي الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في أول الجواب المذكور وقال ولكن الأصح أنه لا يجوز في الحمل أصلا لأن ما في البطن ليس بمال الخ ثم أقول على فرض أن يكون الجواب المذكور بوجهه سالما عما ذكرناه لا يندفع به السؤال المزبور لأن مورد ذلك السؤال قول المصنف والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع وحاصله أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع أيا من أوصاف الحيوان كالحمل على ما تقر في باب البيع الفاسد في كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى تصح الهبة فيما دون الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية أخرى وهذا لا يجدي شيئا يدفع به مطالبة الفرق بينهما من الحمئة المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب (قوله ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير في هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك) فان قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أوجب بأن عرضية الانفصال في ثانی الحال ثابتة لاحتمال فأنزل منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في العناية أخذ من النهاية (أقول) ليس الجواب بسديد أما أولا فلأنه لو جعل الحمل مفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثانی الحال كان في حكم المقرز المقسوم لافي حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان أولى بجواز هبته فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلأنه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك

الواهب

والمصنف أراد بالاستثناء

استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابه في جواز الهبة والتدبير لم يشابه كما تقدم

(فان وهبها له على أن يرد لها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولدا أو وهب دارا أو تصدق (١٤١) عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها

أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشروط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما يبطل الشرط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت

قال (فان وهبها له على أن يرد لها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولدا أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشروط باطل) لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمري وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشروطه ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاولات دون التبرعات قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها يرى أو قال اذا أدبت الى النصف فلك نصفه أو أنت ترى من النصف الباقي فهو باطل) لان الإبراء تلييك من وجهه اسقاط من وجهه وهبة الدين من عليه ابراه وهذا لان الدين مال من وجهه ومن هذا الوجه كان تليكا ووصف من وجهه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا

الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضرارها كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنبين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة عليك كما في هبة الجواني الذي فيه طعام الواهب ولكنه أمر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجواني وفيه طعام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة الشيوع في الهبة كما لو جرد اختلاط الملك في صورتين جميعا انتهى (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فمضى هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء هو مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيها للثاني دون الاول فلا يتم الجواب تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب الجواني وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى (أقول) قهر كاكه ظاهرة لان الجواب المزبورين كان مقبولا عنده فاستشعر السؤال المسطور لا يقتضي لرداف الوجه الاول شيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعاً عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خله ولم يبينه قط (قوله أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشروط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق ألف والتشريع والابصار أعنى ان قوله على أن يرد عليه شيئا متصلا بقوله أو وهب له دارا وقوله أو يعوضه شيئا متصلا بقوله أو تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعوضه شيئا منها بقوله أو وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لاني الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولا بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيئا منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على أن يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد اذقني أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع (أقول) في تحريرهما قصورا لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيئا منها سيما بعد قوله على

عليه ابراه لانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تليكا من وجهه اسقاطا من وجهه

أن يرد عليه شيئاً منها انما هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ الاتبعه في بعيد وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوضه شيئاً منها إلى ما هو غير مذكور ههنا أصلاً كلفظ الاعواض فيصير المعنى أو يعوضه شيئاً من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة اللهم الا أن أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو يعوضه ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئاً منها إلى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجوز ارادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر لكن في لزوم التكرار وسنذكر ما يتعلق به وكان الامام الزبلي تنبه اسماجحة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنزا أسلوب يحريهما فقال وقوله أو يعوضه شيئاً منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشروط جائزتان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عن ما يشيأ من العين الموهوبة فهو تكرر محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيئاً منها انتهى كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك التردد أيضاً بل قصر على الشق الثاني ليكون ذلك نصافي هذا الشق كنهت عليه آفة ثم ان صاحب العناية كأنه قد اطلع على أصل المسئلة أيضاً حيث لم يتعرض للشق الاول أصلاً بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئاً منها ويعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فان كونه عوضاً انما هو بألفاظ تقدم ذكرها انتهى (أقول) فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا أنه يشمل ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاء الموهوب له الواهب عوضاً عن كل الدار انه مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيئاً منها مغنياً عن قوله أو يعوضه شيئاً منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا امر ادعى لزوم التكرار على تقدير كون قوله أو يعوضه شيئاً منها مصروفاً أيضاً إلى الهبة دون التصديق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في المفهوم وفي التصديق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام رأيت في بعض الخواشي أن قوله أو يعوضه شيئاً منها يرجع إلى التصديق فانه اذا تصدق بشرط العوض بطل الشرط واذا واهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) اذا واهب بشرط أن يعوض شيئاً فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوماً فعمل أن قوله أو يعوضه يرجع إلى الهبة والصدقة إلى هنا كلامه وأقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما أراد واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعوضه ثلثها أو ربعها ولا يخفى أن ثلث الدار أو ربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوماً الا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غير واعباراً بالجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعوضه شيئاً منها لفظه شيئاً من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول انه اذا واهب

والتعليق بالشرط مختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يمتدأها إلى ما فيه تعليق فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا اراد المدون منه أو وهبه له توقف على قبوله أحجب بأن توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انقضاء العقد بقوات القبض المستحق بعقد الصرف وأخذنا عقدين لا يتفرق بينهما فلهذا توقف على القبول (قوله قلنا انه يرتد بالرد) يفيد (٤٣) باطلاه أن عمل الرد في المجلس وغيره

سواء وهو المروي عن السلف وقال بعضهم يجب أن يرد في مجلس الإبراء والهبة (قوله بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها) هذا إشارة إلى أن من الاستقاطات المحضة

ما لا يحلف بها أي لا يقبل التعليق بالشرط كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها وما يحلف بها (كالطلاق والعناق) وغيرهما (والعمري) وهو أن يجعل داره لشخص عمره فاذا مات ترد عليه (جائزة للعمري في حال حياته ولورثته من بعده لما روي) أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمري (والشرط) وهو قوله فاذا مات ترد عليه (باطل لما روي) أنه عليه الصلاة والسلام أبطل شرط المعسر وبطلانه لا يؤثر في بطلان العقد لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد فيكون قوله داري لك هبة (والرقي) وهو أن يقول الرجل لغيره داري لك رقي (باطل عند أبي حنيفة ومحمد) لا تنفذ ملك الرقبة وانما يكون عارية عنده يجوز للعمري أن يرجع

قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط مختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يمتدأها قال (والعمري جائزة للعمري في حال حياته ولورثته من بعده) لما رويناه ومعناه أن يجعل داره لغيره واذا مات ترد عليه فيصح التعليق ويبطل الشرط لما رويناه وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد (والرقي باطل عند أبي حنيفة ومحمد) رجهما الله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك تعليق وقوله رقي شرط فاسد كالعمرى ولهما أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري ورد الرقي

بشرط أن يعوضه شيأ معيناً من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع أنه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بأنه اذا وهب داراً أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتاً معيناً منها أو درهما واحداً من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضاً والواهب أن يرجع في هبته لا نهدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الحواشي أيضاً كما ينبغي انتهى (أقول) كلامه ناشئ من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيأ منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فافهم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحاً والامر كذلك بلا ريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعربات هو أنه اذا شرط الواهب أن يعوضه به ضمان العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضاً امر مقرر لا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحاً في هذه الصورة ليس غفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد عليهم ما توهمه ذلك البعض ثم يرد على مدارهما أنه مما لا يسهل اعاده اللفظ أصلاً في أصل وضع هذه المسئلة كما ثبت عليه فيما مر ولكن كلام آخر فلينأمل جداً فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الأقوال مما لم أسبق إليه فأشكر الله تعالى وأتوكل عليه (قوله والتعليق بالشرط مختص بالاستقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية هذا إشارة إلى أن من الاستقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والإبراء عن الدين منها اه (أقول) في قوله والإبراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر أن الإبراء تعليق من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاستقاطات المحضة فكانت غدل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائزة لان قوله داري لك تعليق وقوله رقي شرط فاسد كالعمرى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقي شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقي مأخوذاً من المراقبة وان كان مأخوذاً من الارقاب فكانت فالرقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى (أقول) في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله داري لك رقي عند كون الرقي مأخوذاً من الرقبة رقبة داري لك لا يثبت قوله وقوله رقي شرط فاسد اذ لا يفسد لان يقال رقبة داري لك في شيء كما ترى ولا

فيه ويبعه في أي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقي شرط فاسد) لانه تعليق بالخطر ان كان الرقي مأخوذاً من المراقبة وان كان مأخوذاً من الارقاب فكانت فالرقبة داري لك فصار كالعمرى (ولهما) ما روي الشعبي عن شريح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمري ورد الرقي) ولان معنى الرقي عنده ما أن يقول ان مت قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب مونه وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلاً

(قوله فيكون قوله داري لك هبة) أقول قوله هبة خبر يكون (قوله وانما يكون عارية عنده يجوز للعمري أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر للعمري

(وقوله ولان معنى الرقي عندهما) يشير الى أن أبابوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقي من الرقة مما يقل به أحد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن فان قيل فما جواب ما عن حديث جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقي أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقي مفسر أبوجه (١٤٤) واضح صحيح فأجاب بجواز ما لله تعالى أعلم

ولان معنى الرقي عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التملك بالخطر فبطل وإذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة قال (والصدقة كالهبه لاتصح الا بالقبض) لانه تبرع كالهبه (فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة) لما ينفى الهبة (ولارجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غنى استحسننا لانه قد يصعب الصدقة على الغنى الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال (ومن نذر أن يتصدق بما له يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملك كزمنه ان يتصدق بالجميع) ويروى أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أمسك ما تنفق على نفسك وعيالك الى أن تكسب فاذا اكتسب ما لا يتصدق بمثل ما أنفق) وقد ذكرناه من قبل

فصل في الصدقة لما كانت الصدقة تشارك الهبة في الشروط وتختلفها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وجعلها فصلا قال (الصدقة كالهبه) الصدقة لاتتم الا مقبوضة لانها تبرع كالهبة فلا تجوز فيما يحتمل القسمة مشاعا لما ينفى الهبة ان الشئ يوجب منع تمام القبض المشرط ولا رجوع فيه الان المقصود هو الثواب وقد حصل فصارت كهبه عوض عنها وفيه تأمل فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بمحصله ويمكن أن يقال المشرط حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غنى بطل الرجوع استحسننا وفي القياس له الرجوع لان الغرض منه حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنى قدر ارباحها الثواب واذا وهب لنفقير فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض أصحابنا الى أن الهبة والصدقة على الغنى سواء في جواز الرجوع كما أنهم مساو في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في

بتم قوله فصار كالعمرى كالايحى (قوله ولان معنى الرقي عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية يشير الى أن أبابوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقي من الرقة مما يقل به أحد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن الى هنا كلامه (أقول) لاشك أن المصنف يشير بقوله المذكور الى أن أبابوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقة حتى يجهه عليه ان اشتقاق الرقي من الرقة مما يقل به أحد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجهه والشارح بقوله وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقي مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على أنه تملك للعمال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتملك جائز وانتظار الرجوع باطل كافي العمرى وقال المراقبة في نفس التملك لان معنى الرقي هذه الدار لا آخر ناموتا كأنه يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التملك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وباطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يجز عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقي من الرقة مما يقل به أحد الخ كالايحى ثم ان صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندى قول أبي يوسف أصح ان غاية ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لاتبطل بالشروط الفاسدة كافي العمرى انتهى (أقول) فيه نظر لان الهبة انما لاتبطل بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التملك ابتداء وأما اذا منع ذلك فلا مجال لأن لاتبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التملك وبما نحن فيه يمنع الرقي ثبوت التملك ابتداء على تفسيرهما اياديا كما تحققته آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للعمره حال حياته ولو رثته من بعده ولو قال داري لك رقي أو حبس فهو باطل عند محمد وأبي حنيفة خلا فالأبي

ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغنى لا ينافي الرقة (قوله ومن نذر أن يتصدق بما له يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة) يوسف الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة هنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فصل في الصدقة (قوله فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بمحصله) أقول كان يكفي في الإبراد أن يقال حصول الثواب انما هو في الآخرة فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع الحصول فيها لان الله تعالى لا يتخلف الميعاد

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان أحكام غليظ الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام غليظ المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسند كرمعنى الاجارة لغة وشريعة وانما جعلها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصار والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل أحد لا يقدر على دار (١٤٥) يسكنها وحمام يغسل فيها وابل

تحمّل أنقله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بتعاطيها وأما شرطها فعلمية البدلين وأما ركنها فالإيجاب والقبول بلقطين ماضيين من الألفاظ الموضوعية لعقد الاجارة وأما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر ان شاء الله تعالى قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ)

كتاب الاجارات

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضا مقدم على الوجود وأيضا تجرى الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث يلزم هي دون الهبة (قوله ذات افراد) أقول الظاهر أن يقال ذات أنواع (قوله نوع يرد على منافع الاعيان) أقول أي المنافع التي ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول

كتاب الاجارات

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

يوسف والاصل ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للعالم يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويطل الشرط ثم تفسير العمري أن يقول جعلت هذه الدار لك عمرًا فلانما مت فهي رد على فبصم الهبة لان هذا الشرط لا يمنع أصل التملك وتفسير الجيس أن يقول هي جيس عندى فان مت فهي لك وتفسير الرقي أن يقول هذه الدار لاخر ناموتا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما اراقب موت صاحبه كأنه يقول اراقب موتك وتراقب موتى فان مت فهي لك وان مت فهي لي فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للعالم الى هنا كلامه فاضعل ما قاله صاحب العناية

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان أحكام غليظ الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام غليظ المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انه ما يقعان لازمين فلذلك أورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جعلها اشارة الى أن حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القصار والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان أراد بالافراد في قوله ذات افراد الانشخاص الجزئية كما هو المتبادر من انظر الافراد لم تحصل فائدة في جمعها اذ لا يمتثل عند أحد أن يكون حقيقة مفرد واحد شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها الاشارة الى أن ذات افراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان أراد بالافراد في قوله المزبور الأنواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها الايصاح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحمل على ما هو المذهب السخيف جدا من كون أقل الجمع اثنين فما لا ينبغي أن يرتكب وينبئ عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندى أن يقال انما جعلها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدد كاستئجار الدور والاسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الأنواع الثلاثة هي التي أشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدد وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سأتى تفصيلها عن قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال غليظ المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح

(١٩ - تكمله سابع)

ولو قال غليظ المنافع أو نحو ذلك كان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزبلي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الآن يقال المراد عقد تمليك بقربة الشهرة فليست أمثل ثم اعلم أن ما ذكره الزبلي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة تخالف للمسبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب الملك المتعة ولهذا لا يعقد بلفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعله البعض قصد الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان أراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة بالشرط الفاسد وبالشيوع الاصل وان عم فلا حاجة الى التقييد

لان الاجارة في اللغة بيع المنافع

فانه ليس بتملك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الآن يقال المراد عقد تملك بقرينة الشهرة فلي تأمل اه كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تملك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح ايضا تملك قطعاً لاستباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد انفصخوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسر والنكاح في الشرع في عامة الشروع بل المتون بأنه عقد موضوع لتملك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقدة بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاع وعجزوا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكفر من ان النكاح ليس بتملك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما أجعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تملك حتى ان صاحب الكفر تنفسه ايضا صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تملك المتعة وقد اختلف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من أباح شيئاً فاعما يتلفه على ملك المبيع فلم يكن ذلك مما يعتد به ويثبت اليه والمجرب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتملك بل هو اباحة يخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من انه سبب الملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اه ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق * ثم أقول يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب ملك المتعة وقال صاحب الكافي والشرح ههنا وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح أجراً بقوله تعالى فأتوهن أجورهن وهو يشعر بأنه مشا كل للاجارة ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبداً والاجارة لا ينعقد الا مؤقتة فبينهما منافاة فأنى تصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بأنهم عقد على المنافع بعوض أو بأنها تملك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل توقف وقال في غايه البيان وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يطله اه (أقول) وهذا ايضا ليس بسديد اذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بأن المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدّة كاستئجار الدور السكنى والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطة وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعين المدّة انما يجب في القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيفضل قطعاً (قوله لان الاجارة في اللغة بيع المنافع) قال الشارح العيني قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطيت من كراه الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان تكون مصدراً فيستقيم الكلام اه (أقول) النظر المزبور ظاهر الورد لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطري بالي حتى كتبه في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل ان أرى ما كتبه غيري وأما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشئ لان مراده

بين المفهوم الشرعي قيل
اللعوى لان اللعوى هو
الشرعي بلا مخالفة وهو في
بيان شرعيتها فالشرعي
أولى بالتقديم ولما كانت
عبارة عن تملك المنافع

قال المصنف (لان الاجارة
في اللغة بيع المنافع) أقول
فيه بحث أما أولاً فلانه لا بد
من ضمنية لهـ هذا التعليل
حتى يتم كأن يقال ولم
يثبت نفسه في الشرع الى
معنى آخر وأما ثانياً
فلا أنه مخالف لما في كتب
اللغة كالمغرب وغيره أنها
اسم للاجرة (قوله لان
اللعوى هو الشرعي بلا
مخالفة) أقول فيه بحث
(قوله فالشرعي أولى
بالتقديم) أقول فيه بحث

وهي غير موجودة في الحال لم

يقتض القياس جوازها الا
انها جوزت على خلاف
القياس بالاثر لحاجة الناس
فكان استحسانا بالاثرومن
الا تار الدالة على صحتها
ما ذكره في الكتاب وهو قوله
صلى الله عليه وسلم أعطوا
الاجير أجره قبل أن يجف
عرقه فان الامر باعطاء الاجر
دليل على صحة العقد وقوله
عليه الصلاة والسلام من
استأجر أجيرا فليعلم أجره وفيه
زيادة بيان أن معلومة الاجر
شرط جوازها (وتنقد الاجارة
ساعة فساعة على حسب
حدوث المنافع) لانها هي
المعقود عليه فالمالك في البدل
أيضا يقع ساعة فساعة لان
المعاوضة تقتضي التساوي
والمالك في المنفعة يقع ساعة
فساعة على حسب حدوثها
فكذلك في بدلها وهو الاجرة
فان قيل اذا كان كذلك وجب
أن يصح رجوع المستأجر في
الساعة الثانية قبل أن ينقصد
العقد فيها واذا استأجر شهرا
مثلا ليس له أن يتمتع به لا عند
قال المصنف (والقياس بأبي
جوازه) أقول ذلك الزمير
الراجع الى الاجارة باعتبار أنها
عقد قال المصنف (وقد
شهدت بصحتها الا تار وهو
الخ) أقول هو راجع الى
الاثر والا تار والتذكير
باعتبار الخبر قال المصنف
(وتنقد ساعة فساعة على
حسب حدوث المنفعة

والقياس بأبي جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واطراف التملك الى ما سيوجد لا يصح الا
أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الا تار وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير
أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلم أجره وتنقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنفعة

بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدر منه كما تقول
كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا
أعطاه أجره ولا يذهب عليك أن ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقررت في علم الادب
أن مصدر الثلاثي سمعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدر من كتب لا يقتضي كون الاجارة أيضا
مصدر من أجر فان الكتابة سمعت مصدر من كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدر اقط والسكلام فيما
سمع من أهل اللغة لافي الاحتمال العقلي على انه لو سلم صحى والاجارة في اللغة مصدر من أجره اذا أعطاه
أجره كعبي والاجر مصدر منه لم يستقم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا في اللغة بيع
المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان
صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل القوي لان القوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان
شرعيتها فالشرعي أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء
على انه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم القوي في جميع المواضع
سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى القوي أو مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على
تقديم بيان المعنى القوي على بيان المعنى الشرعي لكون القوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي
ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن
طوى الصغرى فكأنه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع
ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما شتهر من تقديم المدعى على الدليل
تدبر فانه وجه حسن (قوله الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الا تار) قال
صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثر لحاجة الناس فكان
استحسانا بالاثر اه (أقول) في تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس
بالاثرومن قوله فكان استحسانا بالاثر أن ينحصر دليل شرعيتها في الاثر والالم تكن فائدة في ذكر
قيس الاثر في الموضوعين وليس ذلك ينحصر في الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان
أرضعن لكم فآتهن أجورهن وكفوهن تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك إحدى
ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف
تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل (قوله وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير
أجره قبل أن يجف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحتها (أقول) لقائل أن
يقول سيأتى في باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي مأمور باعطائه
من قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر في
الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يقيس كون
المسار بالاجر المأمور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى
للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول) الزاماً للعقد في المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة) يعني يترأى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة (ملكاً واستحقاقاً) يعني يثبتان معاً (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين فإن الملك في المبيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن وجزاءً ينفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار (ولا تصح الاجارة حتى تكون) (١٤٨) المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد اليها ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمل يظهر في حق المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة (ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لا روينا ولا نجهالة في المعقود عليه وبذلك تنفي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع (وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) لأن الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول (قال بعض الفضلاء لا بد أن يتأمل في هذا المقام فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد أي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك اه كلامه (أقول) جواب هذا الاشكال ينكشف جداً بما ذكره صاحب غاية البيان ههنا حيث قال والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة وثباتها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب بالقبول كل ساعة وإن كان ظاهر كلام المشايخ يوهم ذلك والحكم تأخر من زمان انعقاد العلة إلى حدوث المنافع ساعة فساعة لأن الحكم قابل للتأخر كما في البيع بشرط الخيار وفسر بعض مشايخنا على وجه آخر فقال اللفظان الصادران منه مضافان إلى محل المنفعة وهو الدار ههنا كلاماً وهو عقد بينهما إذ العقد فعله ما ولا فعل يصدر منه ما سوى ترتيب القبول على الإيجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصف الكلام ماثراً عا والعلّة الشرعية مغايرة للعلة العقلية فإنه يجوز أن تنفك عن معلولاتها فجاز أن يقال العقد وجد وأنه عبارة عن كلامهم ما أو الانعقاد تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلة العقلية فإن الانكسار لا يصح انفكاكه عن الكسر إلى هنا كلام صاحب الغاية فكان ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام ولم يقع بهو كلاهما مما لا ينبغي كالأبني ثم إن صاحب العناية جعل قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فإن قيل إذا كان كذلك وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها وإذا استأجر شهرًا مثلاً ليس له أن يتمتع بلا عذر أجاب بقوله والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول الزاماً للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه العيني (أقول) فيه نظر لأنه أن يتحقق انعقاد العقد في ذلك المقدار المعين كله مجرد أقامة الدار مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط بالإيجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع إذ يلزم حينئذ أن تنعقد في الساعة الأولى وهي ساعة العقد بالإيجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وإن لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الأقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو الظاهر من كلامهم رد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المصنف والدار أقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن ذلك السؤال بل يحتاج إلى جواب آخر كما لا يخفى في فالأظهر أنه ليس مراد المصنف بقوله

استأجر أجراً فليعلم أجره فإنه كما يدل بعبارة على كون معلومية الاجرة شرطاً لا بد لثمة على اشتراط معلومية المنافع لأن المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وهو الاصل والمعقود به هو الاجرة كالمتبع كالمتن في البيع فإذا كان معلومية المتبع شرطاً كان معلومية الاصل أولى بذلك (ولأن الجهالة في المعقود عليه وبذلك تنفي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع) وهو واضح وما صلح أن يكون ثمناً في البيع صلح أن يكون أجرة لأن الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن المبيع

والدار أقيمت مقام المنفعة (الخ) أقول لا بد أن يتأمل في هذا المقام فإن الانعقاد هو ارتباط القبول بالإيجاب فإذا حصل الارتباط بأقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد أي معنى للانعقاد ساعة فساعة بعد ذلك

المذكور

ذلك قال المصنف (وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة) أقول

قال في المحيط البرهاني الأصل فيه أن ما يعل أن يكون ثمناً في البياعات يصلح أن يكون أجرة في الاجارات وما لا يصلح أن يكون ثمناً في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الاجارات الا المنفعة فانها تصلح أن تكون أجرة إذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمناً انتهى وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف

وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان

و ليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح
أجرة لان بعض ما لا يصلح
ثمنا كالأعيان التي هي ليست
من ذوات الامثال كالحيوان
والثياب مثلا اذا كانت معينة
صلح أن يكون أجرة كما اذا
استأجر دارا بثوب معين وان
كان لا يصلح ثمنا وفيه نظر فان
المقايضة بيع وليس فيها
الالعين من الجانبين فلو لم
تصلح العين ثمنا كانت بيعا
بلا عن وعو باطل ويمكن
أن يجاب عنه بأن النظر
على المثال ليس من دأب
المنظرين فذا كان الاصل
صححا جاز أن يمثل بغيره
فلمثل بالمنفعة فانها تصلح
أجرة اذا اختلف جنس المنافع
كما اذا استأجر سكنى دار
بركوب دابة ولا تصلح ثمنا أصلا

(قوله كالحيوان والثياب
مثلا) أقول قال في الهبط
البرهاني في الفصل الاول
من الاجارات واذا كانت
الاجرة عروضا أو ثيابا
يشترط فيه جميع شرائط
السلم وفي هذا كله اذا كانت
الاجرة عينيا فاعلامه بالاشارة
واذا كانت الاجرة حيوانا
لا يجوز الا اذا كانت عينيا
انتهى (قوله أو ثيابا) يعني
بالثياب ما ليس له مثل كما
علم من تنزيل الشارح

المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على أصل
أعنتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلناه هو أن العقد لا يبدله
من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا تصح بغير محل ولهذا قال الفقهاء المحل شرط ومحل
العقد ههنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقامتها مقام
المنافع التي ستوجد لان الدار محل للنافع فتحقق العقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب والقبول
أحدهما بالآخر على وجه يكونان على صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر
(قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان) أي كالأعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان
والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة صلح أن يكون أجرة كما اذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح
ثمنا لتقرر في البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدارهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من
ذوات الامثال وما كان بينهما كالكيلات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر
فان المقايضة بيع وليس فيها الاالعين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا عن وهو باطل ويمكن
أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المنظرين فاذا كان الاصل صححا جاز أن يمثل بغيره
فلمثل بالمنفعة فانها تصلح أجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح
ثمنا أصلا الى هنا كلامه (أقول) لا للنظر ثمن ولا الجواب أما النظر فلان مراد المصنف بالثمن ههنا
ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض
مالي فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيخصص بما يثبت في الذمة ولقد أفصح عنه
صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيخصص
بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لان تكون ثمنا
بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلا عن بهذا المعنى الا يرى أن الشارح المذكور
نفسه قال في أول كتاب البيوع وأنواع البيع أربعة بيع السلعة بمثلها او يسمى مقايضة وبيعها بالدين
أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى
حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة
مالا عن فيه أصلا ثم للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك
المعنى يم الدين والدين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلا عن بذلك المعنى
ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان فلا يرد النظر المزبور
عليه جدا وأما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف
وحاشاه ثم أقول بغير ههنا شي وهو ان لقائل أن يقول لاشك ان مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح
ثمنا يصلح أجرة أيضا هو ما يجب في الذمة وان تمثله ما لا يصلح ثمنا بقوله كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد
الا أنه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القيد وروى وهو قوله وما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون أجرة
على المعنى الذي يم الدين والعين وهو العوض المقابل للمبيع كما حمل الزبيدي الثمن الواقع في قول صاحب
الكنز وما صح ثمنا صلح أجرة على ذلك المعنى الأعم مع ان ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القيد وروى
بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن المبيع فيحمل التعميم لصورتي الدين والعين كما ترى ويمكن أن
يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ
القيد وروى غير موفى حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام لعين أيضا فان ما لا يجوز أن

(قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمن في البيع الخ (لا يتنى صلاحية غيره) كما ذكرنا (لأنه عوض مالي) فيعتمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة قال (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الأجرة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأراضي للزراعة مدة (١٤٠) معلومة وكأثنته ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة

فهذا اللفظ لا يتنى صلاحية غيره لانه عوض مالي (والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأراضي للزراعة فيصير العقد على مدة معلومة أي مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أي مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الآن في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كي لا يدعى المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

يكون ثمن في البيع على المعنى العام للعين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمن في البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به جل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تنبها لهاتيك المسئلة ولا يصلح ثمن يصلح أجرة أيضا كالاعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وأنه لا يجوز غيره بين ذلك ان الاعيان لا تكون أثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لأنه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمننا ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لانه عوض مالي) أي لان الأجرة على تأويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجوده وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعد ما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة قلنا لقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليشأمل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اهـ (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية ببناءه على ما قاله في نظره السابق من انه لو فصل العين ثمننا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس يصحح اذا لازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب

فيها معلومة فتصح اذا كانت غير متفاوتة بأن يسمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذالم يعين أقصى الى النزاع المفسد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع وأما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها أحد المتعاقدين فنعاه بعضهم لان الظن في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظن مثل التيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معسنى والتأبيد يبطلها ويجوزها آخرون منهم الخصاص لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان

غالبوا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبوا وجعل ذلك نكاحا مؤقتا اعتبارا للصيغة (قوله الآن في الاوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله أي مدة كانت وانما لا تجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعى المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لا يواجر أكثر من سنة وأما اذا شرط فليس للثمن أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا به م اد ا بالدار اذا لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى

قال (وتارة تصير معلومة بنفسه كن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدار معلوما أو ركبها مسافة مماها) لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ويرى بما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الاجراء المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الواحد ولا بد من بيان الوقت قال (وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم) لانه اذا اراد ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

في الغنة فيما اذا بيع الدار بالدار لا خلوها عن الثمن يعني العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحدود خلوها عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بيناه من قبل (قوله وتارة تصير معلومة بنفسه) أي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة ولم ينقل عامتهم نسخة أخرى وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية (أقول) لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره في استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة للعمل أو الركب على ما أشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد فكأن المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الامور اللازمة للبيان كما أشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن انسية ضرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد ووجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتمدة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح واذا المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكترو المختار وأبعد كرا العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون (قوله ويرى بما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت) أقول في هذا التقسيم نوع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب أن الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا أن تجعل عبارة التقسيم على المساحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير منفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم أقول كان حقاً على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكأن صاحب الكافي تنبّه لسماحة هذا التعرير حيث أخر بيان هذا التقسيم المنسب عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم المثلث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في اجير الواحد حيث قال ولنا فيه نظر لان اجارة اجير الواحد أيضاً عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب التمهة أحد نوعي الاستئجار على الاعمال كما ذكرناه آنفاً فلو قال صاحب الهداية قد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والخوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لأن اجارة اجير الواحد ليست بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الواحد الاجرة بتسليم نفسه في المسدة وان لم يعمل كما صرحوا به قاطبة كما سيأتي

(وتارة تصير معلومة بنفسه)
أي بنفس عقد الاجارة كما
اذا استأجر رجلا على صبغ
ثوبه وبين الثوب ولون
الصبغ وقدره أو استأجر
خياطاً على خياطة ثوبه
وبين الثوب وجنس
الخياطة أو استأجر دابة
لحمل أو الركب وبين
جنس المحمول وقدره
والمسافة وتارة تصير
معلومة بالتعيين والاشارة
كما ذكر في الكتاب

باب الاجرمى يستحق

لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لئلا يان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها او اداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمداً ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك ولا يملك لا يجب ابقاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وارادنا الاخص ليس (١٥٣) بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً قلت أخرج الكلام مخرج

باب الاجرمى يستحق

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدمعان ثلاثة اما بشرط التجهيل أو بالتجهيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه)

في الكتاب ولو كان عقداً على العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هي عقد على منافع نفسه مطلقاً ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافع لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك أحد نوعي الاستشارة على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولومثل المصنف ما يكون عقداً على المنفعة باستئجار الدور ونحوها دون اجير الواحد لغات التنبيه على ان اجارة اجير الواحد من هذا القسم وهو مقصود لطفاً بذلك على البعض فتنبه والله أعلم

باب الاجرمى يستحق

قال صاحب النهاية لما ذكر أن حصة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه واقتنى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وصحافته اذ لا يستدعي ذكر مجرد أن حصة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فاضلاع الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة ألا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لئلا يان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها أيضاً كالهبة فان الملك لا يثبت هناك أيضاً بنفس العقد بل يتوقف على القبض كالمرو وكالوصية فان الملك هناك أيضاً بآخر الى وقت الموت فلا يتم القول بأن الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط * ثم أقول الاظهر أن يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افرادها ببيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء ما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجمالاً وتفصيلاً

الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيه وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك بدل على هذا كله

باب الاجرمى يستحق

(قوله وجب افرادها) أقول أى افراد المخالفة قال المصنف الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوقاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتجهيلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجر اذا عمل الاجرة فالمجمل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ابقاؤه الا بعد استيفاء المنفعة اذ لم يشترط التجهيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عيناً أو ديناً

اما

هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التجرى وذ كر في الاجارات أن الاجرة اذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد واذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التجرى وبعضهم قالوا ما ذكر في الاجارات قول محمد أولاً وما ذكر في الجامع والتجرى قوله آخر انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التجهيل فانها واجبة التسليم ولا تملك كالايجى (قوله ليس بمجاز شائع) أقول الشيوع لا يما (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً) أقول ان أراد أنه لا يدل عليه بنفسه فسلم ولا يفيد وان أراد أنه لا يدل بقرينة فمنع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفتاح وشرحه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة) أقول ممنوع فان في صورة التجهيل يوجد الملك بلا وجوب

أما جلا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق فلو كان نفس
الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كافي البيع وأما تفصيله لافلا أنه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب
المعنة ودعليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية
الاجرة لا تجب بالعقد أى لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخى وذ كرى الذخيرة
ما يؤيده هذا فقال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة
اذ لم يشترط التجهيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينا هكذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب
التحرى وذ كرى الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس
العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على أن المبيع ماذ كره في الجامع وكتاب التحرى وقال
بعضهم ماذ كره في الاجارات قول محمد أولا وما ذ كره في الجامع والتحرى قوله آخر الى هنا لفظ النهاية
(أقول) تأييد ماذ كره في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في
الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة
اذ لم يشترط التجهيل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس
العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذ كرهه شئ قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه
الاجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم
وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرد ادائه لأن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا
خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم
يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فإلزم أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة
لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم
نفي التملك كالبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال
معناه لا تملك لان محمد اذ كره في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه وقال فان قلت فاذا
لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أهم منه وذ كرا لاعم وارادة الاخص ليس بجاز شائع لعدم دلالة
الاعم على الاخص أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة
ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لاحالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشئ ولا الجواب أما
الاول فلان ذ كرا لاعم وارادة الاخص انما ليس بجاز شائع اذ لم تحقق قرينة تخصصه وأما اذا تحققت
القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعرفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء
المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما
اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا
لم يكن محل الخلاف متحدا وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب
في الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما
مورد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتاج الى
قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عينا
أو دينا يملك اذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع
أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج
الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لاحالة ممنوع فان العين مما لا يجب في
الذمة مع أنه مما يملك قطعاً وقال بعضهم فان في صورة التجهيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل

وقال الشافعي غلظ بنفس العقد والالم يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صححت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم يجعل موجودة كان دينابدين وهو حرام لاحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك (١٥٤) فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند

العقد ولنا أن العقد ينقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد أى عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ومن قضية عقد المعاوضة المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي البديل وهو الاجر تحقيفا للمساواة واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لذلك

(قوله وقال الشافعي غلظ بنفس العقد والالم يكن محل الخلاف متحدا) أقول ولك أن تقول ارتكاب المجازي في موضع واحد أهون من ارتكابه في ثلاثة مواضع ويحصل اتحاد محل الخلاف أيضا فان المراد بنفس العقد العقد الخالى عن المعاني الثلاثة وبتسليم العين المستأجرة الى المستأجر يجب تسليم الاجرة للأجير عند الشافعي فليتأمل وفي شرح الحاوى للفتوى اعلم أن الاجرة اذا كانت في الذمة فهى كالثمن في الذمة في أنها ان شرط فيها التأجيل والتخصيم كانت مؤجلة أو

وقال الشافعي غلظ بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكا ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل ولنا ان العقد ينقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البديل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقيق التسوية

(قوله وقال الشافعي غلظ بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكا ضرورة تصحيح العقد) فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صححت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم يجعل موجودة كان دينابدين وهو حرام لاحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البديل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى (أقول) هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتهاء الوجود حقيقة صلاحية لمنع عنه لان الشرع انما يجعله موجودا لاجل أن يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجوده حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغى جعل الشرع اياه موجودا وهذا خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حية فيها كالحى حكى في حق الارث والعنق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح نعم برى على استدلال الشافعي كلام آخر من قبل أغننا كما أشير اليه في عامة المعتربات وهو أن جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لا مكان تصحيح العقد بطريق آخر أوضح وأوسع منه وهو اقامة العين التي هى سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام السبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل ولهم جرامن النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب أن الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن يفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه تراخي الى وقت سقوط الخيار مع وجود البيع عند العقد وان أراد أن افادة الملك ولو بعد زمان من لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعاه ان الاجرة غلظ في الحال والجواب المزبور انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المسطور بوجه آخر حيث قال ان أراد أن افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد أن يثبت من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى (أقول) ما ذكره في كل من شق تردده ليس بسديد أما الاول فلانه سلم كون افادة

الملك

منصبة وان شرط فيها التعجيل كانت معجلة وان أطلق ذكرها نجت أيضا وملك جميعها المكروى

بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتجهل بشرط التعجيل فيتمتع عند الاطلاق كالثمن انتهى (قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم

وكذا اذا شرط التجهيل أو جعل بلا شرط لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله واعتراض بأن شرط التجهيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جوازاً شرط التجهيل باعتباره والثاني ممنوع فان تجهيل البذل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعورض دليلنا بأن البراءة عن الاجرة والارتها عن الكفالة بها صححة بالاتفاق ولولا الملك لما صححت وأجيب بأن صحة البراءة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوز محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح البراءة لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل أو اشتراطه فكذلك الرهن به والجواب عن قوله ولولم يجعل موجوده كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين وهذا طريق شائع شائع لكونه اقامة السبب مقام السبب وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك

(قوله فان تجهيل البذل واشترطه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه (١٥٥) وقضيتها المساواة وظاهر أن شرط

التجهيل قبل ثبوت الملك في البذل الاخر يفوت المساواة نعم مطلق شرط التجهيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كافي البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان البراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفه ما ولا صحة الا بالملك فثبت الملك بمقتضى التصرف صحيحاً كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى بألف درهم فقال أعتقت انتهى

وكذا اذا شرط التجهيل أو جعل لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة الا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجوداً حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر وأما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والالم تحصل فائدة في جعل الشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم أولاً كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكمياً ايضاً فالوجه الوجيه في التردد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التجهيل أو جعل لان المساواة تثبت حقاله وقد أبطله) قال في العناية واعتراض بأن شرط التجهيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جوازاً شرط التجهيل باعتباره والثاني ممنوع فان تجهيل البذل واشترطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولاً فلان حبيسة كونه اجارة هي حبيسة كونه معاوضة خصوصاً فيا يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحبيستين يخالف مقتضاه من الحبيسة الاخرى فامعنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهلا يستلزم تسليم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحبيسة كونه معاوضة حبيسة كونه معاوضة ماع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحبيستين قلنا يلزم

وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر في او اخر الهبة الا أن يراد بالقبول معنى يعنى عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد في حقه) أقول ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليبين على انه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقراراً بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح البراءة لوجوده بعد السبب) أقول كالبراءة عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا مما لا يدل عليه من دليل وفي البرازية تكرار دابة مسماة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر في الكتاب أنه يجوز ذكر شيخ الاسلام ليس نفسه أن يؤجر بالابلاغ بغير عينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل تفسيره ضمان تقبل المكاري الحولة وقد قال المستأجر اجلني على ابل الى مكة أو اجلني أو اجل هذه الحولة فيكون المعقود عليه في الذمة وبقي بالجواز العرف انتهى وسيجي من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجع الا أنه ذكر في الحواشي الجلية دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً فانه قال ان الدين محله الذمة وهو لا يلزم المنفعة في الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزليعي وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم يمنع في حق المنفعة فلم تصرف المنفعة ديناً في ذمته فلا يجب بدله ايضاً وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدونها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً انتهى فتأمل في جميع ما ذكر

أن تكون صحة اشتراط التجهيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يحظر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التجهيل على أنهما لو صرحا بأنهما الوشرط التجهيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما ثانيا فلان قوله فان تجهيل البدل واشراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة وبشرط تجهيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه نفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التجهيل في الاجارة لا يخالفه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التجهيل كالبيع الا أنه سقط لما منع وهو وجوب المساواة وهو حق المتأجر فاذا أسقط حقه بالتجهيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بأن الإبراء عن الاجرة والارتهاان عنهما الكفالة بهما صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صح وأوجب بأن صحة الإبراء على قول أي حنفية وأي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الإبراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكنالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجه ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل أو اشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه (أقول) هذا كله مأخوذ من النهاية الا أن التعليل المذكور لتجوز محمد رحمه الله الإبراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة ايضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة في ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الا آخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على أن ذلك التعليل لا يتمشى أصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أيضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعبرات مع أن كلامنا من البدلين معدوم هناك قطعافلا فرق في الجانبين أصلا كما لا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علما متناوأن أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه (أقول) قد أخذ أصل ابراده من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلأن صاحب البدائع ذكر لقول محمد في جواز الإبراء عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن الإبراء لا يصح إلا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة إلا بالملك فثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحه كما في قول الرجل لغيره أعنتك عبدك غني على ألف درهم فقال أعنتك ولان الإبراء سقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعني به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينقد فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو آخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني وأما ما ذكره ذلك المورد في علاوة

(قوله واذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعله في هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء العقود عليه أو بالتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا أو بدل أحد الأقسام لا يكون قسما بذاته فاذا قبض المستأجر بأجرة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الأجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لتسليم عين المنفعة لانه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فاذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وقتصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان زال شيء منها زال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب اليها بعد مضي (١٥٧) اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد

(واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقنا تسليم المحل مقامه اذا التمكن من الانتفاع بثبته

من حديث الخافقة لما سبق في كتاب الاقرار فليس يتام أيضا اذا تخالف بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق * ثم أقول لترك صاحب البدائع قيد المنفعة عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما عني الجواب الذي ذكره بتزديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الاجرة دون المنفعة بأن اكتفيا بأن يقال ان الإبراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة أيضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار مثلا موطأ أحدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان انعقاده حكم الشرع ثبت وصفه شرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها عن محلها لانها فجاز أن يقال العقد وجدوا لان انعقاد تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا ان عقد الاجارة ينقذ ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك نعم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر أنفالك الأسلم في توجيه قول محمد ههنا هو الطريقة الأخرى تأمل ترشد (قوله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني أن تكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن

(قوله فاذا قبض إلى قوله في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف إليه العقد فإنه اذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما اذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محمل العقد وفي المحيط البرهاني يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف إليه العقد فأما اذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف إليه العقد أو تمكن من الاستيفاء في

المكان الذي أضيف إليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوما لا يعمل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب في المصير يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد وان استأجرها للركوب خارج المصير إلى مكان معلوم لا يجب الاجر اذا حبسها في المصير لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف إليه العقد فاذا ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد في المدة وان ذهب إلى ذلك المكان خارج المصير بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر انتهى (قوله ولم يستوفها واجب الاجر) أقول واذا استوفها واجب الطريق الأولى (قوله مثل ان يستأجر دابة إلى الكوفة الخ) أقول وفيه بحث فان الظاهر ما طابق لسياق كلامه أن يقول وسلمها بعد مضي اليوم فذهب اليها الخ

كن استأجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة أو سلها فارغة فيها في مكانه لكن مهاجر فاحش يمنع الركوب أو سلها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيها لكن منعه السلطان أو غصبه غاصب أو لم يكن شيء من ذلك أصلا لكن الاجارة كانت فاسدة فان الاجر في جميع ذلك ليس بواجب مالم يستوف المنفعة لان التقصير حينئذ لم يكن من جهته بل لفوات التمكن من الانتفاع فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فوجهه قلت وجهه الاقتصاد للاختصار اعتمادا على دلالة (١٥٨) الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفساد

منه يمنع عن الاقدام على الانتفاع وعلى أن العقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما ووجه ودالمائع في بعض المدة والمكان يسقط الاجر بقدره ولو جوب الانتفاع في ذلك القدر قال (ومن استأجر دارا) ذكر هذا لبيان وقت استحقاق مطالبه الاجر والحال لا يخفى من أن يكون وقت الاستحقاق مبينا بالعقد أولا فان كان الاول فليس له المطالبة الا اذا تحقق ما اتفق عليه شهرا كان أو أقل أو أكثر لانه بمنزلة التأجيل اذا استحقاق يتحقق عند استيفاء اجرة من المنفعة تحقيقا للساواة والتأجيل يسقط استحقاق

قال (فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة) لان تسليم المحل انما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فأت التسلیم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذا انفساخ في بعضها قال (ومن استأجر دارا فله مؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم) لانه استوفى منفعة مقصودة (الا أن يبين وقت الاستحقاق بالعقد) لانه بمنزلة التأجيل (وكذلك اجارة الاراضي) لما بينا (ومن استأجر بعيرا الى مكة فللعامل أن يطالبه بأجرة كل مرحلة) لان سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع أن يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو استأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر وان تمكن من الاستيفاء في المكان الذي أضيف اليه العقد لا ينعان عن عدم مضي المدة اه وقال صاحب العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة بغير آخر فان قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فوجهه قلت وجهه الاقتصاد للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح والفساد منه يمنع عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما اه كلامه (أقول) في آخر جوابه خلل أما أولا فلا ن قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على أن يباشر العقد الصحيح أو على قوله وعلى أن العقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغا حتى صار المعنى فان حال المسلم دالة أيضا على أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاعر ركاكة هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بأجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع يلزم أن لا يتم قوله فاقصر عن ذلك اعتمادا عليهما اذ الظاهر أن ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة الاقتصاد للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصير علة ذلك هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع وأما ثانيا فلا ن قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع بدل على أن الغصب أيضا من القيود المقتصر

المطالبة الى انتهاء الاجل وان كان الثاني فله مؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة وكذلك اجارة الاراضي (وان استأجر بعيرا الى مكة فللعامل أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود) كسكني يوم وهذا قول أبي حنيفة آخر (وكان يقول أولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

(قوله كن استأجر دابة في غير بغداد الى الكوفة فسلها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فأمسكها ولم يذهب الى الكوفة لا يجب الاجر أيضا عليهما) قوله وعلى أن الاكراه والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذكر ذلك اعتمادا عليهما) أقول وفيه بحث فان مودة الغصب المذكورة في كلام المصنف (قوله اعتمادا عليهما) أقول ينبغي دلالة الحال ودلالة العرف

لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة) وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالحياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة وقبل الفراغ كما سيأتي فان قيل قال المصنف (فلا يتوزع الاجر على اجزائها) يعني المنافع وهو خلاف المشهور فان المشهور ان اجزاء العوض تنقسم على اجزاء المعوض وقاس المنافع على العمل وهو فاسد لان شرط القياس المماثلة بين الاصل والفروع وهو منتف لان في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها قبل ان يفرغ منه العوض بقدره ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا فالجواب ان اجزاء العوض قد تنقسم على اجزاء المعوض وجوبا وليس الكلام فيه وانما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط وجد تقدير الان عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك تسليما قد راعى على ان المصنف لم يلزم صحة دليل القول المرجوع عنه فانه لو كان صحيحا لكان يمكن (١٥٩) الرجوع عنه وجهه (وجه القول

الرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساواة) بين البديلين (الآن المطالبة في كل ساعة تقضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرره) بل المطالبة حينئذ تقضي الى عدمه فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع بأمر من جهة المؤجر فتمتنع الانتفاع من جهته فتمتنع المطالبة وما أفضى وجوده الى عدمه فهو منتف (فقد رنا بما ذكرنا) من اليوم في الدار والمرحلة في البعير (وليس للقصار والخياط أن يطلب بأجرة حتى يفرغ من العمل) كله (لان العمل في البعض غير متمتع به فلا يستوجب به الاجر) وهذا يشير الى أنه لو كانا تو بين ففسر عن أحدهما جاز أن يطلب

لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقيق المساواة الآن المطالبة في كل ساعة تقضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرره فقد رنا بما ذكرنا (وليس للقصار والخياط أن يطلب بأجرة حتى يفرغ من العمل) لان العمل في البعض غير متمتع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

عن ذكرهما مع ان المصنف ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى (قوله لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود عليه جلة المنافع في المدة وما هو جلة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان اجزاء الاعراض منطبقة على اجزاء الزمان فلا يستحق المؤجر قبل استيفاء جلة المنفعة شيئا كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالحياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل الفراغ كما سيأتي اه (أقول) في قوله كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن سهو ظاهر اذ قد مر في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للشري ادفع الثمن أن لا اذا بيع سلعة بثمن قيل له ما سلما معا في الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي صورتين الاخرين يستحق قبض البديلين معا أو أمان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فاما بقوله أحد الوهاب ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال كما في المبيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن اه (قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) قال صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير فخر الاسلام وقاضيان والتمرنائشي والفوائد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته وقالوا استأجر خياطا يحيط له في بيت المستأجر قبضا وخطا بعضه ففسر في الثوب فله الاجر بقدر ما خطا فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك

أجرته لانه متمتع به) وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا) أنه غير متمتع به (قوله فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن) أقول فيه بحث فانه اذا بيع سلعة بثمن قيل للشري ادفع الثمن أو لا اذا بيع سلعة بثمن قيل له ما سلما معا كما سبق قيل باب خيار الشرط فهذا القول من الشارح له سهو والحق عكس ما ذكره كنف وهو مخالف لما أسلفه نفسه في أول هذا الباب قال في الكافي فاما تسليم كله لا يجب تسليم شيء من الاجرة كما في البيع فانه لا يتوزع وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جلة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى فليتأمل (قوله ولا كذلك العمل لانه لم يتسلم من الخياط شيئا) أقول ما المنافع من أن يكون المقيس عليه الصورة التي تسلم صاحب الثوب من الخياط فوبه الذي خطا بعضه (قوله وجوبا) أقول يعني في الذمة (قوله الا أن المطالبة في كل ساعة تقضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرره) أقول وأيضا تعيين أجر كل ساعة متعسر بل متعذر (قوله فان المستأجر لم يتمكن من الانتفاع) أقول فيه منع (قوله فقد رنا بما ذكرنا) أقول يعني قد رنا استحضارا

(الآن يشترط التجهيل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية هذا وقع مخالف العالمين و آيات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيانا والترمذي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياطاً لخط له في بيت المستأجر فله الاجر بقدر ما خطه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر ايفاء الاجرة بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة (١٦٠) من الاجر كما في الجمال ثم قال ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في

قال (الآن يشترط التجهيل) لما مر أن الشرط فيه لازم

الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل و يبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضاً الاجر الا بعد ايفاء العمل كله الآن أن يكون العمل للخطاط والصباغ في بيت صاحب المال حينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الجمال على قوله الاخر يجب على المؤجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال وذكر الامام قاضيانا ولهذا لو استأجر خياطاً لخط له في منزله كالماء على ان يستحق الاجرة بقدر ما خطه وهذا أيضاً لغيرها ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيجوز أن المصنف تبع صاحب التجريد بأما الفضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك انما يكون اذا عيننا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلاً أو للبدن (١) أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيين ما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كافي كل الثوب ولعل هذا مذهب المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما قاله بشئ أما ولا فلا نالنا سلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عيننا لكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضاً اذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما يستظهر مما سنده كره وقوله اذ ليس للكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضاً نعم ليس بشئ أيضاً من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منهم معلومة بتوزيع أجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نلو كان مراد صاحب الذخيرة بما اذا كانت له حصة معلومة ما اذا عيننا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجرة كافي كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب ايفاء الاجر اذا لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما ما حيث قال وفي الاجارة التي تنعقد على العمل و يبقى له أثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة ما استوفى معلومة الآن يكون العمل للخطاط والصباغ في بيت صاحب المال فيجوز حينئذ يجب على المستأجر ايفاء الاجرة بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثاً فلا نلو لا معنى لقوله ولعل هذا مذهب المصنف لان ما ذكره المصنف مخالف قطعاً لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستأجر بقدر

الكتاب فيجوز أن المصنف تبع صاحب التجريد بأما الفضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك انما يكون اذا عيننا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلاً أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيين ما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كافي كل الثوب ولعل هذا مذهب المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما قاله بشئ أما ولا فلا نالنا سلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عيننا لكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضاً اذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما يستظهر مما سنده كره وقوله اذ ليس للكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضاً نعم ليس بشئ أيضاً من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منهم معلومة بتوزيع أجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى وأما ثانياً فلا نلو كان مراد صاحب الذخيرة بما اذا كانت له حصة معلومة ما اذا عيننا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجرة كافي كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما اذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب ايفاء الاجر اذا لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما ما حيث قال وفي الاجارة التي تنعقد على العمل و يبقى له أثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله وان كانت حصة ما استوفى معلومة الآن يكون العمل للخطاط والصباغ في بيت صاحب المال فيجوز حينئذ يجب على المستأجر ايفاء الاجرة بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال انتهى وأما ثالثاً فلا نلو لا معنى لقوله ولعل هذا مذهب المصنف لان ما ذكره المصنف مخالف قطعاً لمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب ايفاء الاجر على المستأجر بقدر

(قوله قال في النهاية هذا وقع مخالف العالمين و آيات الكتب التي فسوله ولكن نقل من التجريد الخ) أقول ورواية تحفة الفقهاء موافق ما ذكره المصنف أيضاً حيث قال وعلى هذا الخياط يخط له في منزله فيصاف فان خط بعضه لم يكن له أجر لان هذا العمل

لا يتنفع ببعضه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجر لانه صار مسلماً للعمل عنده انتهى (قوله وأرى أن ذلك انما يكون اذا عيننا الخ) أقول فيه بحث (قوله وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خطه في غير بيت المستأجر انما اذا خط في بيته يوجب التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خط في غيره وفيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً (١) قوله أو للدوامل هكذا في نسخ التكملة بالذال المهملة والميم وفي العناية الذوائل بالذال المهملة والهمزة فليصرر اه محصاه

قال (ومن استأجر خباز الخبز) ذكر هذا البيان حكيمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفاً والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون فإذا استأجر خباز الخبز في بيته فقير دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجرة بتمام العمل وتمام العمل (١٦١) بالخراج (فلو احترق أو سقط من يده

قبل الاخراج لأجره لهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ومن عمل لواحد فهو أجير وحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كن استؤجر شهر الخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيراً مشتركاً وقف استحقاقه على فراغ العمل

قال المصنف (ومن استأجر خبازاً لخبزته في بيته الخ) أقول في مبسوط السرخسي وكذلك الرجل يستأجر الخباز لخبزته في بيته دقيقاً معلوماً بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاماً وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحسب ما عمل وان كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شيء ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لأنه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل

قال (ومن استأجر خباز الخبز في بيته فقير من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) لان تمام العمل بالخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج فلا أجر له لهلاك قبل التسليم ما استوفى من المنفعة اذا كان العمل في بيته وليس يعطى أيضاً المفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من الاجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلاً اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصة معلومة من الاجر لان مندول كلام المصنف أن لا يجب عليه الاجر مطلقاً أي سواء كانت له حصة معلومة من الاجر أو لا فإنه قال وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقاً قبل الفراغ بخلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ بخلاف على أن لا يجب عليه الاجر مطلقاً قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته أيضاً ولأنه قال لما بينا وما ادمه على ما صرح به الشراح فاطبة هو قوله لان العمل في البعض غير منتفع به ولا شئ ان ذلك يقتضي أن لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقاً فاني يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولم يرى ان جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا وهو محض فكيف ينبغي أن يصار الى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفاً لاختلال رأى الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاط في غير بيت المستأجر أنه اذا خاط في بيته بوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب اجراً اه كلامه (أقول) بجوابه عن بحثه ليس بنام اذا شئت أن استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا الوجهين الخياط أو الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا أعطيك حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند اثنتي عشرة سنة كما ان للبائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتمدين وسأني في الكتاب الا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط أو الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استنجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بقاءه وتفرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وان كان بقاءه وتفرره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط أن يطالب بالجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأى صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما اذا عمل في بيت المستأجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد (قوله ومن استأجر خبازاً لخبزته في بيته فقير من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور) قال في العناية ذكر هذا بيان حكيمين أحدهما أن الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة

(٢١ - تكلمه سابع) في دفعها فإنه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما اذا خبز بعض دقيق كمنصفه مثلاً تاماً ولم يخبز البعض الآخر (قوله أحدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجر الخ) أقول الجمال أجير مشترك ويستحق الاجرة قبل الفراغ من عمله الآن يجعل قطع كل مرحلة عملاً على حدة (قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ) أقول اما اذا استأجر خبازاً لخبزته في بيته فانه أجير وحد فيستوجب الاجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فان أخرجه من التنوير ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جناية فوجبه) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده) ولا ضمان على الامين (وعندهما يضمن) لان العدين مضمون عليه كالمضروب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الخطب والمخ عندده ما لان ذلك صار مستحكما قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه رماذا لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند غيره فهو مجرى على عومه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلانه لم يملك من عمله وأما على قوله ما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طبيا خالط طبعه طعام ولية فعليه تفريغه الى القصاص) لانه من تمام عمله عرفا وان استؤجر في طب فدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر انسانا ليضرب له لينا استحق الاجر عند أبي حنيفة باقامتها) فان أنفسه المطر قبل ذلك أو أنكسر فلا أجر له (١٦٣) لا يصير مسلما لم يصير لينا وما دام على الارض لم يصير لينا (وقالا لا يستحقه حتى يشرجه)

(فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال وهذا عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طبيا خالط طبعه طعاما للولية فالغرف عليه) اعتبارا للغرف قال (ومن استأجر انسانا ليضرب له لينا استحق الاجر اذا أقامها عنده أبي حنيفة وقال لا يستحقها حتى يشرجها) لان التشريع من تمام عمله اذا لا يؤمن من الفساد قبله فصار كخراج الخبز من التنوير لان الاجر هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولا يبي حنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشريع مع عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريع بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالمصارع) وكل صانع لعمله أثر في العين كالمصارع والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لان المعقود عليه وصنف قائم في الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البديل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البديل والوصف لا ينقل عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاغ لا ضمان عليه

أي ينفذه بضم بعضه الى بعض (لان التشريع من تمام عمله) عرفا وباقي كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالمصارع) وكل صانع لعمله أثر في العين كالمصارع والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لان المعقود عليه وصنف قائم في الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البديل كما في البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البديل والوصف لا ينقل عن العين فجاز حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاغ لا ضمان عليه

ان خطا آنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون اه (أقول) فيه شيء وهو انه اذا علم من مسئلة الخطا آنفا أن الاجر المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل ولا ينبغي أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو أن الفراغ من العمل في الخبز بماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من

فالجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الا على المتعدي وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان التنوير لكنه لا أجر له لالهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وان شاء ضمنه معمول ولا أجر له وسند كره في باب ضمان الاخير

قال المصنف (فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول في الوفاة وان احترق بعد ما أخرج فله الاجر وقبلة لا ولا غرم فيهما وقال صدر الشرع أي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج وقال صاحب الدرر والقررفيه بحث أما أولا فلانه مخالف لما في شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرما حتى قال في غاية البيان انما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنوير لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلانه مخالف للساعدة المقررة الا في ذكرهما من ان الاجر المشترك يضمن ما تلف به لانه انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن بملاحظة تعلقه بالمفعول قال المصنف (الآ ترى أنه ينتفع به) أقول فيه إشارة الى الجواب عن دليله ما الثاني يعني أن العرف مشترك فكما أنه قد ينفذ من موضع العمل قبل التشريع وفي القاموس التشريع ضد اللين

وكل صانع ليس لعمله أثر في العين كالجمال بالحاء والجيم فليس له أن يحبس له لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعامل أو بعينه له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحبس يعني اذا لم يكن ثمة من النشا وغيره سوى ازالة الوسخ بالماء وأما اذا كان فهي مسئلة القصار وهذا المختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكر في السبوط وجامع قاضيان أن احداث البياض في الثوب بازالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين فيل وهو الاصح لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآتي) جواب عما يقال الآتي اذ اردت انسان كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله أثر في العين قائم ووجهه ان الآتي كان على شرف الهلاك وقد احياء برده فكأنه باعته منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما اذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمه الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم الى صاحبه لا يتصور حبسه كالموكل في بيت الصاحب وال جواب (ان الاتصال بالمحل ضرورة فامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) ونظير ذلك لو قيل اذا فقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يحبس (١٦٣) وقد تقدم فصار قبض المشتري

المبيع بغير رضا البائع فان للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن جسد الدين الضرب رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو ببدل مثلاً واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه البن من محل بعينه فيستحق عينه كالنفعة في محل بعينه كأن استأجر دابة

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين لاجر كالجمال والملاح) لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحبس وهذا بخلاف الآتي حيث يكون لراد حق حبسه لاستبقاء العمل ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياء فكأنه باعته منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علماء الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة فامة تسليم العمل فلم يكن هو راضياً به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (واذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالنفعة في محل بعينه (وان أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له) لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايقاؤه بنفسه وبلاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين (فصل) (ومن استأجر رجلاً ليل يذهب الى البصرة فيجني بعباله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء عن بقى فله الاجر بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراة اذا كانوا معاً (وان استأجر له يذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجني بمجوابه فذهب فوجد فلان ميتاً فرد له فلا أجر له)

التنوير ولم يقل حتى يفرغ من العمل باخراج الخبر من التنوير ولو كان مراده بيان الحكمين معاً قال هكذا تدبر

بعين الحمل فانه ليس للأجير أن يسلم غيره وافيته تأمل لانه ان خالفه الى خير بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينفى أن يجوز وان أطلق العمل له فله أن يستأجر من يعمل له لان المستحق العمل ويمكن ايقاؤه بنفسه وبلاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين والله أعلم

(فصل) لما ذكرنا استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه وعقبه لاصل الباب لان استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعرض (ومن استأجر رجلاً ليل يذهب الى البصرة فيجني بعباله فذهب فوجد بعضهم ميتاً فجاء بالباقي) فاما ان يكون على جماعة معلوم العدد أو لا فان كان الثاني استحق جميع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهذلي واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراة) يعني القدوري رحمه الله (اذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويأتي بالجواب فذهب فوجد ميتاً) فاما ان يرد الكتاب أو لا فان كان الثاني استحق أجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول (فلا أجر له)

(فصل) ومن استأجر رجلاً قال المصنف (ومراة اذا كانوا الخ) أقول في البرازية وان لم يكونوا معلومين فالاجرة فاسدة وفي الدرر والغرر وان لم يكن عباله معلومين فله كل الاجر فتأمل فانه لا مخالفة كما يستضح في الدرس الآتي من العناية

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب (وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب وقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه بوجه فيسقط الأجر كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب به ووجدته ميتة فردته فانه لا أجر له بالانقضاء تسليم المعقود عليه وهو جمل الطعام وليس بتأهض على محمد لأن المعقود عليه في مسألة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها والله أعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

لما فرغ من ذكر الاجارة (١٦٤) وشرطها ووقت استحقات الاجرة ذكرها ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ

هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته وإهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كافي الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالاجماع) لأن الحمل لم ينقض (وان استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلان ميتة فردته فلا أجر له في قولهم جميعا) لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو جمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال (و يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها)

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال في النهاية ومعرّاج الدراية لما ذكره من باب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر أت عقب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستأجر للوَجَر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقات الاجرة ذكر هنا ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الأفعال ما يعد خلافا من الاجير للوَجَر وما لا يعد خلافا انتهى (أقول) فيه أيضا ثلث فتأمل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لاصلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لأن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لأنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرته انتهى كلامه ومال أكثر الشراح إلى سنده في تصوير هذه المسئلة غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري إلى هنا كلامه

وتقييده وذكر أيضا من الأفعال ما يعد خلافا من الاجير للوَجَر وما لا يعد خلافا قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قبل صورة المسئلة أن يقول استأجرت هذه الدار شهرا بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف إلى السكنى وان لم يبين

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

(قوله باب ما يجوز من الاجارة) أقول لعل المراد باب تفصيل ما يجوز من الاجارة فيمنع وجه التأخير لأن التفصيل بعد الاجمال فليتأمل قال المصنف (ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول في الفصل الحادي عشر

(أقول)

من اجارات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث اذا آجرت المرأة دارها

من زوجها وسكنها جميعا فلا أجر لها قال وهو بمنزلة استئجارها لتطبخ أو لتخبز هكذا ذكرنا انتهى قبل في المعنى ان التسليم شرط الصحة الاجارة ولو جوب الأجر وسكنها معه يمنع التسليم والحكم بمنوع والعلة مردودة والقياس على استئجارها للطبخ والخبز لا يصح لأن الطبخ والخبز مستحق علمه اديانه ان لم يكن مستحقا عليها حكما اما اسكان الزوج في منزلها غير مستحق علمه اديانه ولا حكم وقوله بأن سكنها مع الزوج يمنع التسليم قلنا لا يمنع لانها تابعة للزوج في السكنى كفضل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي كاتنين معدتين للسكنى

لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصيح العقد

(أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أما أولاً فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة أصلاً لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بأنها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حانوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذا الظاهر ان الحكم في استئجار كل دار أو حانوت ماذ كفي الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل المغوفان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غنى عن البيان غير خفى على أحد وأما ثانياً فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سأتى في الكتاب ففيها هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القصد دورى قيد للسكنى في وضع هذه المسئلة كالم يقع في عبارة عامة متبررات المتن لكان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لان العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كارد على صدر الشريعة حيث قال لان العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصيح العقد لانه لا ينظمه قوله أنه أن يعمل كل شئ سوى موهن البناء بل لان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه بطلاق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شطره الاول فلان مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شئ منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقيق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى وبين القول بأن له أن يعمل كل شئ من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظر الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره وأما شطره الثاني فلانه لو كان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوانيت بطلاق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيه هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضاً ولم يقل به أحد بل صرحوا في عامة المعبرات بأنه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بدمن البيان للجهالة المفصلة الى النزاع كافي استئجار الاراضى للزراعة (قوله وانه لا يتفاوت فصيح العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى (أقول) لعل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهواً من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد لكن قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان في العمل سبباً لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذلك بتفاوت السكان قصراً للمسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعني وجهه الجواب ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا

لان العمل المتعارف فيها هو
السكنى وبه يسمى مسكناً
وفي القياس لا يجوز لان
المقصود من الدور والحوانيت
الانتفاع وهو متنوع
فوجب أن لا يجوز ما لم يبين
شئ من ذلك ووجهه
الاستحسان أن المعروف
كالمشروط نصاً فينصرف
اليه (قوله ولانه لا يتفاوت)
جواب عما عسى أن يقال
سلمنا ان السكنى متعارف
لكن قد تتفاوت السكان
فلا بد من بيانه ووجهه ان
السكنى لا تتفاوت
وما لا يتفاوت لا يشتمل على
ما يفسد العقد فيصح

(قوله ولانه لا يتفاوت)
أقول الظاهر وأنه لا يتفاوت
(قوله جواب عما عسى أن
يقال سلمنا الخ) أقول
لا مساس لهذا السؤال
بالمقام اذ الكلام في عدم
وجوب بيان ما يعمل فيها
لا في بيان من يسكن

(وله أن يعمل كل شيء) من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب والوفيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (للاطلاق) أى لاطلاق العقد فإنه ليس بغيره شيء دون شيء (الأنه لا يسكن حداد ولا قصار ولا طحانا) بالماء والادابة دون البعد ان لم يوهن البناء وفى الجملة كل ما لم يتضرر به البناء جاز أن يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الباء وقوله حداد يكون نصبا على الحال وينتفى به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهوده فيها) وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها (١٦٦) تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان

(وله أن يعمل كل شيء) لاطلاق (الأنه لا يسكن حداد ولا قصار ولا طحانا) لان فيه ضررا ظاهرا (لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما رواه هاد لالة قال (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة) لانها منفعة مقصودة معهوده فيها (وللستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط) لان الاجارة تعقد لانتفاع ولا انتفاع فى الحال الا بما فيه دخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع فى الحال حتى يجوز بيع الحب والارض السبعة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر فى البيوع (ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها) لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كى لاتقع المنازعة (أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء) لانه ما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال (ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أوليغرس فيها الخجلا أو شجرا) لانها منفعة تقصد بالاراضى

ما يزرع فيها لانه يتفاوت فى الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع (ويدخل الشرب والطريق فى العقد بدلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بما فيه دخلان فى مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر فى باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة) وهى الارض الخالية من البناء والشجر (ليبنى فيها أوليغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضى) فيصح به العقد (قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء) أقول فيه رد على الاتفاقى ولكن بقى ههنا كلام وهو ان اتحاد المناط لا يكتفى فى الدلالة لوجوده فى القياس أيضا

جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ (أقول) كلامه ليس بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانياً فإفلا ن جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخته ولا نه بل بأها اذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من مميزات ما قبله فلم يصح قوله وهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكور فى لفظ العناية يصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضا بل المذكور قياسا بانه من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام (قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما رواه هاد لالة) أقول لقائل أن يقول النظار من هذا الكلام أن أعمال السكنى متفاوتة فبعض منها يوهن البناء وبعض آخر منها يوهن كالمثلة المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر أنفاوت يعنى السكنى لا يتفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذى يضر البناء يوهنه خارجه عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فله أن يعمل من ذلك ماشاء فتأمل (قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كى لاتقع المنازعة) أقول لقائل أن يقول فى التعليل شائبة الاستدراك اذ يكتفى فى تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها لا يطاق المدعى ولا نفع له فى اثباته فالجواب انه لا بد فى صحة عقد استئجار الاراضى للزراعة من أمرين أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لانها

قد بل لا بد مع ذلك ان يدرك بالافعة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف (ويجوز استئجار الاراضى للزراعة لانها منفعة مقصودة معهوده فيها) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاءها بعقد الاجارة ويجرى به التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال فى البدائع فى تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لاتعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستغلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيته ذلك فيه لم يجوز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة

(وإذا انقضت المدة لزمت المستأجر فاعلهما وتسليمها فارغة لأنه لا نهاية لهم ما في ابقائهم ما ضرر بصاحب الأرض) هذا من جانب المستأجر وأما من جانب المؤجر فلا أن الأرض إما أن تنقص بالقطع أولا فإن كان الأول فإن شاء يعمر له قيمة ذلك مقلوعا وبذلك رضى به المستأجر أولا وإن شاء رضى بتركها على حالها فيكون البناء لهذا الأرض لذلك لأن الحق له فله أن يتركه وإن كان الثاني فله أن يعمر قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستأجر (وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يدرك لأن له نهاية معلومة فإمكان رعاية الجانبين) وذلك لأننا لو قلنا أنه تضرر بالمستأجر ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر بالمؤجر وفي تركه بأجر رعاية الجانبين فصي إليه وأوردته مسألة الجامع الصغير لبيان أن الرطبة كالشجرة (١٦٧) قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل الخ) إذا

(ثم إذا انقضت مدة الاجارة لزمه أن يطلع البناء والغرس ويسلمها إليه فارغة) لأنه لا نهاية لهم ما في ابقائهم ما انشأه بصاحب الأرض بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل إلى زمان الادراك لأن له نهاية معلومة فإمكان رعاية الجانبين قال (الأن يختار صاحب الأرض أن يعمر له قيمة ذلك مقلوعا وبذلك رضى به المستأجر) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر لأن تنقص الأرض بقلعهما مخيف ثم يتركهما بغير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا الأرض لهذا) لأن الحق له فله أن لا يستوفيه قال (وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الاجارة وفي الأرض رطبة فأنها تنقطع) لأن الرطاب لا نهاية لها فأنشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل) لأنه منفعة معلومة معهودة (فإن أطلق الركب جازله أن يركب من شاء) فلا بالاطلاق ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحد ليس له أن يركب غيره لأنه تعيين مراد من الاصل والناس يتفاوتون في الركب فصار كأنه نص على ركوبه

قد تستأجر غيرها أيضا فلا بد من نفي الجهالة وثانيه ما يبين ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها والمصنف أشار إلى اندراج الأول أيضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها ابتداء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار إلى تعليل كلا الأمرين أما إلى تعليل الأول فبقوله لأنها قد تستأجر للزراعة وغيرها وأما إلى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفتن لهذه الدققة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجر هذه الزراعة لأنها استأجر غيرها أيضا فلا بد من التمييز فيما للجهة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لأنه متفاوت في الضرر بالأرض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للنازعة انتهى (قوله فإن أطلق الركب جازله أن يركب من شاء فلا بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لأن المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرتم الركب ولم يزد عليه شيئا أو زاد فعلى هذا إما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فلان في الوجه الأول يفسد العقد لأن الركب مما يختلف اختلافًا فاحشًا فيكون المعقود عليه مجهولًا فإن أركب شخصًا ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المعقود عليه بفساد فلا ينقلب إلى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزًا لأن الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء لأن عقد الاجارة ينقص ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء وإذا ارتفعت حالة الاستعمال فكأنها ارتفعت من الابتداء

كان الثاني صح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لأنه تعيين مراد من الاصل على الوجه الذي قلنا فإن أركب غيره بعد ذلك فغطت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أولا والمراد بقوله فإن أطلق الركب هو أن يقول على أن يركب من شاء وإن كان الثالث فليس له أن يتعداه لأنه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فإن تعداه كان ضامنا

(قوله وإن كان الثاني فله أن يعمر قيمة ذلك مقلوعا) أقول وإن شاء رضى بتركها على حالها ولم يتركها المأجور على أن يفهمه من الكلام (قوله على الوجه الذي قلنا) أقول أنفا

وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخمعة وحكم الحمل تحكم الركوب بخلاف العقار فإنه إذا شرط سكنى واحد بينهما حازا سكان غيره لأن التقسيم غير مفيد لعدم التفاوت فإن قيل قد تنفاوت السكان أيضا فإن سكنى بعض قد ينصرف ربه كالحداد ونحوه أجاب بقوله (والذي يضر بالبناء خارج (١٦٨) على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرنا من تلك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف

(وكذلك إذا استأجر ثوبا باللس وأطلق جاز فجاز ذكرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس (وان قال على أن يركبها فلا أن أو يلبس الثوب فلا أن فأركبها غيره أو ألبسه غيره فخطب كان ضامنا) لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فلا أن يركب غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال (وان سمي نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر وأقل كالشعر والسهم) لأنه دخل تحت الأذن له دم التفاوت أول كونه خيرا من الأول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالحلج والحديد) لانعدام الرضا فيه (وان استأجرها ليعمل عليها قطنا سماء فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحد يدب بمجموع في موضع من ظهرها والقطن ينسبط على ظهرها

ويجوز استئجار الدابة للركوب معناه ركوب معين أمانا حقيقة أو تقدير (وان سمي نوعا ومقدار من شيء يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثله في الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو ما هو أقل) ضررا (أو) كالشعر والسهم) فانهم ما إذا كانا خمسة أفقرة كانا أقل وزنا فكانا أقل ضررا وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشر فإن الشعر ينصرف إلى المثل والسهم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فإن السهم أيضا مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل وإنما جازله ذلك (لأنه دخل تحت الأذن لعدم التفاوت) يعني به إذا كان مثلا (أو كونه خيرا) يعني به إذا كان أقل ضررا (وليس له أن يحمل ما هو أكثر ضررا من الحنطة كالحلج) إذا كان مثلها كلالا لأنه أثقل (لانعدام الرضا فيه وان استأجرها ليعمل عليها فمقدار من القطن فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا لأنه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوما مسبقا لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون

أرفع الجهالة من الابتداء صح العقد فكذلك ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لأنه تعين من أدامن الأصل فصار كأنه نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لأنه تعين مفيد لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل تحكم الركوب في جميع هذه الوجوه كذا قالوا ثم علم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد بقول القدرى أن أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أي وجه من هاتيك الوجوه الثلاثة فجزم فرقة منهم كجاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن يركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدي والامام أبو نصر الاقطع في شرحهم ما يخص القدرى وجوز فرقة أخرى منهم كأنها باب النهاية والكناية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الأول وهو انقلاب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسدا بأن يكون معنى قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء أو أركب من شاء ينقلب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل إذا عرفت هذا فأقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعني قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لأنه انما يشي عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الأول إذ لا شأن له انقلاب العقد إلى الجواز في الوجه الأول انما هي تعين المعقود عليه بقاء لا إطلاقه وانما الإطلاق عليه الفساد ابتداء وعن هذا فسر صاحب الكافي معنى الإطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال فان أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جازله أن يركب أو يلبس من شاء عملا بالاطلاق اللفظ انتهى فتدبر (قوله وان سمي نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر وأقل كالشعر والسهم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر وأما مثال ما هو مثل في الضرر فكذلك إذا سمي خمسة أفقرة حنطة بعينها فحمل خمسة

بمخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) وانما ذكره مع كونه معلوما مسبقا لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون

(قوله أو تقدير) أقول كافي الوجه المذكور في الكتاب أولا (قوله وليس بواضح) أقول وفيه بحث فان صاحب النهاية يدعي أن خمسة أفقرة من الشعر مثل خمسة أفقرة من الحنطة في الضرر فلا جواز منع ذلك لا ما ذكره الشارح كالأينجي (قوله لأنه أثقل لانعدام الرضا فيه) أقول الأولى ان يقال ولا يرضى به المؤجر

(وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الركب (ولامعتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الركب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الأديمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الركاب كعدد الجنائيات) والجنائيات جمع جان كاللغة جمع باع فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات خطأ فالدابة ينتمى ما أنصافا لالان رب جراحة واحدة أكثر تأسيروا من عشر جراحات قبل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبيبا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليها) اذا كان مثلها يطبق حمله (وأما اذا كان جلالاته يطبقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجها (١٦٩) عن العادة) كما اذا كانت الزيادة من خلاف

جنس المسمى كمن استأجرها ليحملها خمسة أفقر من شعر خملها مثل كيلة خنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما لو استأجروا ليطعن به عشرة فخاتم خنطة فطعن أحد عشر محتوما فلهك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس وأوجب بأن الطعن انما يكون شيا فقسا فاذا طعن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطعن بخلاف في استعمال الدابة غير الاذن فيضمن الجميع فأما في الحمل فيكون جلة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا يندفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلا فانه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه فأردفها غيره ضمن جميع القيمة

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا يعتبر بالثقل) لان الدابة قد يعقرها جهل الركب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الأديمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الركاب كعدد الجنائيات قال (وان استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليها (الا اذا كان جلالاته يطبقه مثل تلك الدابة بحيث يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجها عن العادة

أفقره خنطة أخرى وانما ترك هذا في الكتاب نظره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعر والسهم هذا لف ونشر فان الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح السكاكي كما هو دأبه في أكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعر الى قوله مثل الخنطة ويرجع قوله والسهم الى قوله اقل وليس ذلك بشئ لان الشعر ليس مثل الخنطة بل أخف منها ولهذا الوشرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعر فحمل عليها مائة رطل من الخنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلالها لم يضمن كولو شرط أن يحمل عليها خنطة زيد فحمل عليها خنطة عمر و بذلك الكيل بل قوله كالشعر والسهم جميعا نظير قوله اقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية أن في الكلام لغوا ونشر فان الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السهم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه (أقول) فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فالنما يكون السهم مثل الخنطة في الكيل ولا شك أن المراد بالمثل والافضل ههنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والافلية في الضرر بالقله في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السهم والخنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر يهيم فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والافلية أيضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم بردي على ما ذكر في النهاية منع كون الشعر مثل الخنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا

(٢٢ - تكمله سابع)

فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصا لان حاله في الاركاب متفردا بخلاف من كل وجه وفي الارداق مأذون من وجهه دون وجهه وهو يقع جلة كما مر

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبيبا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيبا يستمسك فهو كالرجل انتهى الا أن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد الى قوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الآن قوله ولان الأديمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل قصد بالكلام بصيغة التريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجها عن العادة) أقول فيه تأمل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان ما حمله خارجا عن العادة ظهر أنه قصده انلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى

قال (وان كبح الدابة بلجامها الخ) وان كبح الدابة بلجامها أي يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى أو يضربها فغطت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا (١٧٠) لامر اذا لان العقد المطلق يتناوله وغيره ولا يبي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا

أنه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحققه في المقصود بها وههنا يمكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وان استأجرها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا ينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مراد الى يد المالك معني وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لابل الجواب بحجتي على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك لانه اذا أردف صيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الخيل انتمى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمر يض لذلك انتمى (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الخيل صار بمنزلة غيره الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم النقة في اعتبار عدد الركاب في الآدمي لانه لا يتحمل هو ان الآدمي مخصوص بعلم القروية وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صيا ضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الخيل كذا في التهمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقر في عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقياس بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقياس لم يعرفوا وزنها ولكن لا يضبط هذا على ما لا يخفى انتمى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقياس أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسم الطيف (قوله وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لامر اذا لان العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جاني السؤال والجواب أما في الاول فبأن قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما في الثاني فبأن قال ولعل الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف اه (أقول) كل من تصرفه ساقط أما الاول فلأن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح في العبارة وأما الثاني فلانه لو قال في تفسير المعهود أي بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد الى نائب المالك الفعل

قال (وان كبح الدابة بلجامها أو يضربها فغطت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله باذنه فلا يضمنه ولا يبي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للباغية فيتعبد بوصف السلامة كالمرور في الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا ينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مراد الى يد المالك معني وأما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لابل الجواب بحجتي على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك

لانه اذا أردف صيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الخيل انتمى وقال بعض الفضلاء الا ان قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمر يض لذلك انتمى (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الخيل صار بمنزلة غيره الآدمي فلم يدخل تحت قوله ولان الآدمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ويرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم النقة في اعتبار عدد الركاب في الآدمي لانه لا يتحمل هو ان الآدمي مخصوص بعلم القروية وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صيا ضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الخيل كذا في التهمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقر في عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافي ولان الآدمي لا يوزن بالقياس بدل قول صاحب الهداية ولان الآدمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس وزنوا أنفسهم بالقياس لم يعرفوا وزنها ولكن لا يضبط هذا على ما لا يخفى انتمى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الآدمي بالقياس أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسم الطيف (قوله وقال لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لامر اذا لان العقد المطلق يتناوله وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جاني السؤال والجواب أما في الاول فبأن قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما في الثاني فبأن قال ولعل الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف اه (أقول) كل من تصرفه ساقط أما الاول فلأن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح في العبارة وأما الثاني فلانه لو قال في تفسير المعهود أي بالحفظ مقصودا وهو ظاهر وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد الى نائب المالك الفعل

وقل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد الى نائب المالك الفعل (قوله وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أي الكبح المتعارف) أقول ولعل الاولى أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحته المقصود به الخ) أقول الضمير في قوله بهاراجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول أي بدون الضرب كتحرير الركبين والصباح (قوله فانه لما كان مودعا معني الخ) أقول تأمل في هذا التعليل

والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الرد إليه ولا يسيراً إلا بالرد إلى المالك أو نائبه وفوقض بغاصب الغاصب إذا رد المخصوص على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجده الرد على أحدهذين والجواب أن الرد على أحدهما وجب البراءة البتة وليس كل ما وجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فإن قيل الرد إلى المالك أو نائبه إزالة للتعدي وهو يصلح متبرئاً عن الضمان والرد إلى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلا نسلم صلاحيته لذلك فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول وتقرر الضمان على الغاصب بوجوب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضموناً بضمانين قبل إلحاق العارية بالأجرة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع عما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع وموثة الرد على المالك كافي الودعية بخلاف الأجرة والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليحقق الإلحاق والاتحاد في النشاط كاف للإلحاق وهو موجود فإن النشاط هو التجاوز عن المسمى متعدياً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيها لا محالة (قوله وهذا) أي الإجراء على الإطلاق أصح (ومن أكثرى حماراً بسرج) فاستعماله به موافقة فإن زرع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو كاف وكل منهما على قسمين أما أن يسرج بسرج يسرج بمثله الجر أو لا وكذلك إلا كاف فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه لأنه (١٧١) كان مثله تناوله الأذن إذا فائدة في

التقييد بغيره أي من حيث المنع يعني لأفائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره بمثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله (إذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الأذن فكان مأذوناً في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله

وفي الأجرة والعارية بصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً لغيره بالعود وهذا أصح قال (ومن أكثرى حماراً بسرج فتزرع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الجر فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان بمثل الأول تناوله إذن المالك إذا فائدة في التقييد بغيره إذا كان زائداً عليه في الوزن فيثبت في الزيادة (وإن كان لا يسرج بمثله الجر ضمن) لأنه لم يتناوله الأذن من جهته فصار مخالفاً

الفعل المتعارف لم يتم الجواب إذا الفعل المتعارف مطلقاً مبدءاً مطلق العطف لا داخل تحته وإنما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وإن أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتاج إلى تفسير آخر في تبين المراد فالأولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الأجرة والأجرة بصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً لغيره بالعود) فإنه لما جاوز الحسيرة صار

ضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الخطة وإن أسرج بحماراً بسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البردون ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناوله الأذن من جهته فصار مخالفاً

(قوله وفوقض بغاصب الغاصب إلى قوله على أحدهذين) أقول لا يبعد أن يقال إن الغاصب في عرضية أن يكون مالاً بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالرد على المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المذلول عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحة بالنظر إلى ما نحن بصده نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل إلحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبيان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فإن مراد القائل أنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد إلى يده ولا كذلك العارية فالناسب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتأمل قال المصنف (ومن أكثرى حماراً بسرج الخ) أقول إذا استأجر حماراً بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الجر فهو ضامن بقدر ما زاد اتفاق الروايات بالإجماع وإن كان السرج الثاني أخف من الأول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من إجازات المحيط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفته لما في الهداية (قوله يعني لأفائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع إلى سرج يسرج بمثله الجر كالضمير السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فقام

(وان أو كفه با كاف لا يوكف بمثله الجر يضمن لما قلنا في السرج) انه لم يتناوله الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أو كفه با كاف يوكف بمثله الجر يضمن عند أبي حنيفة) (١٧٣) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه

أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فغن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف ومحمد يضمن بحسابه وهو واحد في الروايتين عن أبي حنيفة ففهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج بأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والا كاف قدر أربع أشبار يضمن نصف قيمته ومنهم من قال معناه بحسابه في النقل والخفة حتى اذا كان وزن السرج منوينا والا كاف ستة أمناه يضمن ثلثي قيمتها واليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثله الجر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان

(وان أو كفه با كاف لا يوكف بمثله الجر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وان أو كفه با كاف يوكف بمثله الجر يضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن بحسابه) لانه اذا كان يوكف بمثله الجر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يضمن حنيفة رجحه الله ان الا كاف ليس من جنس السرج لانه للعمل والسرج للركوب وكذا ينسبط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينسبط عليه الا آخر فكان مخالفا

غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وطاعة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا ارد المغمصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحدهذين وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأن يزيد في المأخذ فنقول انما يبرأ بالرد على أحدهذين أو الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومراجع الدابة الى القوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه (أقول) يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجب عياد الرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المذكور عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحة النظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فندبر اه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بأن يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولم يوجد هنا شيء منهم ما يظهور صحة النظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحة النظر الى كلية الكبرى والكلام فيهما ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا ارد المغمصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون له كره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور ان ذلك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالخلاص في الجملة لتصح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما تقدمنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما ان يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه

من جنسه ولا يضمن حنيفة أن الا كاف ليس من جنس السرج لانه للعمل والسرج للركوب وينسبط أحدهما على الظهور أكثر من الآخر (فصار كالوهمي حنطة وجل بوزنهما شعير فانه يضمن لان الشعير ينسبط على ظهر الدابة أكثر من الحنطة (فكان مخالفا)

وقوله (كما إذا جمل الحديد وقد شرط له الخنطة) فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للخنطة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر جالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخجلوا ما أن يكون ماسلكه مما يسلكه الناس أولا فان كان الاول فاما أن يكون بين الطريقتين تفاوت بأن يكون أحدهما (١٧٣) أو عرا أو خوف أو نحو ذلك أولا فان كان

الثاني فلا ضمان عليه لان التقيد اذا كان غير مفيد وان كان الاول ضمن لجهة التقيد لكونه مفيدا فان قيل محمد أطلق الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل أجاب بقوله (الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثاني أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لجهة التقيد فصار محالفا واذا بلغ فيه الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان جله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فيه الاجر) حتى ان للمودع أن يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر (فان بلغ فيه الاجر) لانه ارتفع الخلاف بمحصل المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها خنطة الخ) ومن استأجر أرضا لزراعة شئ فزرع مثله في الضرر بالارض وما هو أقل منه يوجب الاجر لانه موافقة

كما اذا جمل الحديد وقد شرط له الخنطة قال (وان استأجر جالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فيه الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقتين تفاوت لان عدم ذلك التقيد غير مفيد أما اذا كان تفاوت يضمن لجهة التقيد فان التقيد مفيد الا أن الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقيد فصار محالفا (وان بلغ فيه الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (وان جله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فيه الاجر) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها خنطة فزرعها رطبة ضمن مانتقصها) لان الرطاب أضرب بالارض من الخنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا لى شرف يضمن مانتقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قرره

من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشب به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور والتمكين بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على انه يملك كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة في النقل فأما المستأجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استعمال العين المستأجر اذ لم يكن له في استعمال العين نفع لما اختار استعماله العين على ماله من الاجرة اه وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الحاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم اثبت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشئيين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الاتحاد في المناط كافي للاتحاد وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعددا بام الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيه مما لا محالة اه (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للاتحاد على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك مناطا للاتحاد في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدد المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدد المالك في مال نفسه فلا ينبغي أن يضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الحاق واحدة من الاجارة والعارية بالآخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بجمع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا (قوله) كما اذا جمل الحديد وقد شرط له الخنطة قال صاحب العناية فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا للخنطة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه اه وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قدر وزن الخنطة المشروطة لا يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الخنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعديله ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن الخنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ

أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضربها كالرطاب فبين استأجرها لزراعة الخنطة بخالفة الى شئ يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان مانقص وبسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذا لاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي الوازم يدل على تنافي الملزومات

وقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (ويستغنى به انتفاع القبيص) يريد بستر العدة ودفع الحر والبرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابلا بخياطة القبيص دون القباء والباقي ظاهر

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيتها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال (الاجارة تفسد بالشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي فساد البيع بها لانها بمنزلة في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وانما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت لسياق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغنى وقناوى فاضحان

(قوله لان صاحب الثوب الخ) (١٧٤) أقول تعليل لقوله يجب أجر المثل بعد ما علل بقوله لقصور جهة الموافقة

قال (ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قبضا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به درهمان) قيل معناه القيرط الذي هو ذوق واحد لانه يستعمل استعمال القبيص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهم ما يتفاوتان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القبيص ووجه الظاهر أنه قبص من وجه لانه يشد وسطه فمن هذا الوجه يكون مخالفا لان القبيص لا يشد وينتفع به انتفاع القبيص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى أي الجهتين شاء الا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما ينبغي في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قبيل يضمن من غير خيار لا يتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله أعلم

باب الاجارة الفاسدة

قال (الاجارة تفسد بالشروط) كما تفسد البيع) لانه بمنزلة لا ترى أنه عقد يقال ويفسخ (والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)

الخطة المشروطة تعين العكس حيث كان ما حله المستأجر على الدابة وهو الحديد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الخطة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكترى على الخمار وهو الاكف أكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهو عكس ذلك لا محالة

باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيتها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى (قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جهو والسراج أي الواجب فيها هو الاقل من أجر

أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ

باب الاجارة الفاسدة

(قوله وانما جعلت اللام في

قوله في الاجارة الفاسدة للعهد

كما رأيت لسياق الكلام

ودفع الما قبل الاقل من

الاجر والمسمى انما يجب اذا

فسدت بشرط أما اذا فسدت

لجهالة المسمى الخ) أقول

وان كان بعضه معلوما

وبعضه غير معلوم كما اذا

استأجر الدار أو الحمام على

أجرة معلومة بشرط أن

يعمرها أو يرميها وقالوا اذا

استأجر الدار على أن لا يسكنها

المستأجر ففسدت الاجارة

ويجب عليه ان يسكنها أجر

المثل بالغاما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يدفع مادة الاعتراض يجعل اللام للعهد

المثل قال في المحيط السبرهاني اذا تكرار دار من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يقضيه العقد ولو أجز فيه منفعة فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يتلى بشرط الوضوء والمخرج واذا سكن يتلى واصلاح ذلك على التجار فكان لا تجز فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتقاني في شرح قوله ومن دفع الى حائك غزلا ليسجيه بالنصف الخ قال أجرتك هذه الدار شهر ابعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغاما بلغ زاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين فاضحان انتهى ولعل وجهه أن العاقد لم يجعل المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهي التمكن كما ينبغي وذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسي من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلته ابدل فيجب أجر المثل بالغاما بلغ كما اذا لم يدفع في العقد تسمية أصلا ولا ينقص عن المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى فليشتر وان الله الهادي (قوله بالغاما بلغ) أقول لا انتفاء المرجع عنه

يجب بالغامابغ اعتبارا
بييع الاعيان فان البيع
اذا فسد وجب القيمة بالغامابغ
ما بلغت وهذا بناء على أن
المنافع عنده كالاعيان ولما
أن تقوم المنافع ضرورة دفع
الحاجة بالعقد والضروري
يتقدر بقدر الضرورة
والضرورة تندفع بالصحة
فيكتفي بها وهذا كما ترى
يقضي عدم اعتبار الاجارة
الفاسدة الآن الفاسدة
تبع للصحة فيثبت فيها
ما يثبت في الصحة عادة
وهو قدر أجر المثل وهذا
يقضي لزوم الأجر المسمى
بالغامابغ لكنهما اذا اتفقا
على مقدار في الفاسد
سقطت الزيادة وهذا
يقضي لزوم الأجر المسمى
بالغامابغ اكن لما كانت
التسمية فاسدة لم يجب من
المسمى ما زاد على أجر المثل
فاستقر الواجب على ما هو
الاقل من أجر المثل والمسمى
بخلاف البيع فان العين
متقوم في نفسه وهو أي
القيمة هو الموجب الاصل
وانما ذكره لئلا يظن
فان صحت التسمية انتقل
عنه والا فلا

قال المصنف (لان الفاسد
تبع له) أقول ينبغي أن
يكون ههنا مقدمة مطوية
مثل أن يقال ولا يلزم عدم
اعتبار الفاسد وفي بعض

وقال زفر والشافعي يجب بالغامابغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا أن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد
لحاجة الناس فيكتفي بالضرورة في الصحيح منها الآن الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة
لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى
لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهي الموجب الاصل فان صحت التسمية
انتقل عنه والا فلا

المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى
ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد منهما لم يجب الأجر بالغامابغ كما صرح به في الذخيرة
والمغني وفتاوى قاضيان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشرط الاقل من
أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعنا
لما قبل الاقل من الأجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم
التسمية وجب أجر المثل بالغامابغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني وفتاوى قاضيان اه كلامه
(أقول) فيسئ أَمَا وَلَا فَلَانَ قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدوري
في مختصره ولادالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذ كور للعهد لان قوله الاجارة تفسد
بالشرط كما يفسد البيع لم يذ كور في مختصره قبيل قوله المذ كور بل يذ كور قبل مقدار الوقتين ووقع
بينهما مسائل كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلامعنى لان يجعل
سياق الكلام عللة لجعل اللام في قوله المذ كور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله
المذ كور كما ترى لكن الكلام في تصحيح كلام القدوري وأما ما ينافي لانه لو كان اللام في القول المذ كور
للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذ كور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط
من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشرط وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى
وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة متروك الذي كره بالكلية غير مبين
أصلا لا في مختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتمدين وهذا مما لا تقبله الفطرة
السليمة وأما ما شافلانه ان اندفع بجعل اللام في القول المذ كور للعهد ما قبل على الوجه الذي ذكره
يرد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشرط ما لا يجب فيه الاقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب
فيه أجر المثل بالغامابغ كما اذا استأجر دارا أو حائوتا سنة بمائة درهم على أن يرميها المستأجر فان الواجب
على المستأجر هناك أجر المثل بالغامابغ صرح به في فتاوى قاضيان وغيرها وذكر في النهاية أيضا نقلنا
عن فتاوى قاضيان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بها في المعتمدين فينتقض عمل ذلك قوله الواجب
في الاجارة التي فسدت بالشرط الاقل من أجر المثل والمسمى * ثم أقول الحق عندي ان اللام
في القول المذ كور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستعراق أو الجنس وانه لا حاجة الى
تقييد الحكم المذ كور بأنه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا
باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن الواجب في الاجارة
الفاسدة أجر المثل لا يجوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى اغما تصور فيه
فانه اذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشئ أصلا للقطع بأن
المجاوزة تقتضي الحسد المعلوم فيلغوا أن يقال هناك لا يجاوز المسمى بأجر المثل فصار لمخلص المعنى أن
الواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الآن يكون هناك مسمى معلوم فينتقل لا يجوز به المسمى بل
يجب الاقل منه ما نعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغامابغ ان لم يكن

(ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الآن يسمى جلة الشهور) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لان جلة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجع بلا مرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم ان يكون النقص بمحض الآخر ولا اختلاف المشايخ فيه ففهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ويصح (١٧٦) على قول أبي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بخلاف روجه

ذلك مذكور في المطولات (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للزوج أن يخرج به الى أن ينقض الشهر وكذا كل شهر سكن في أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله الآن الذي ذكره في الكتاب) أي القدوري (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في القبلة الاولى وبومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الخرج) واختلفوا في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن رأسه عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل مضى رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضى مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجي موقته وكلاهما لا يجوز ذلكا لأن ذلك طرأ ثلاثة منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فسخت

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الآن يسمى جلة شهور معلومة) لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت فيما لانهاية تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جلة شهور معلومة جاز) لان المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للزوج أن يخرج به الى أن ينقض) وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الآن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في القبلة الاولى من الشهر الثاني وبومها لان في اعتبار الاول بعض الخرج قال (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جاز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتد بابتداء المدة مما سمي وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذي استأجره

هناك مسمى معلوم وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقه فافهموا وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا لجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقد والمضافة وانقضاء الاجارة في أول الشهر فقبل الانقضاء كيف تنفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر لان انقضاء الاجارة وان كان في أول الشهر الآن انعقد هاته تحق في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقد مر في أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تسعة ساعات فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيه تراخي الانقضاء الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانقضاء حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلة العقلية في جواز انفكاكها من معلولاتها فلم يحز الفسخ قبل أو ان الانقضاء لم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانقضاء لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة أيضا به مذكرا وعيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانقضاء في حقه فيلزم الفسخ قبل الانقضاء بالنظر اليه مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به فاطمينة وسيجي في الكتاب (قوله واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال

العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فسخا مضيا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضيا في فكذا فسخته (فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتد بابتداء المدة مما سمي) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذي استأجره

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أي مجهول (قوله ومحصورا ترجع بلا مرجح) أقول فيه مسامحة والمراد في اعتباره ترجيح بلا مرجح

في المحيط البرهاني وفي الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أباح خيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جائز أن الاجارة في الشهر الاول جائزة فأما فيما بعد ذلك من الشهر فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في رأس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لأن الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكبر منكر وانما ثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيان أن موضوع الاجارة أن لا تزيد الرقبة عن ملك المؤجر ولا يجعلها ملكا للمستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر زال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكناها ولا يبيعها ولا يهبها أبد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهر وهذا لا يجوز لهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الآن المشايخ بعد هذا الاختلاف في كيفية إمكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا لان رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يجز وقته والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة ففسخ الاجارة فبقيت وقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال على الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البلخي ونظيره هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع اشترى عبدا على أنه بالخيار فم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن يزول الخي في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للمال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دينار فيفسخه الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر ففسخ العقد رأس الشهر فيفسخ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا كذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما ما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الأيمان اذا حلف الرجل يقضي حق فلان رأس الشهر فضاء في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحن استحسانا الى هذا اللفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الاخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الآية في وضع هذه المسئلة فان محمد رحمه الله قال في الاصل ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر والامام فاضل خان قال في فتاواه رجل أجر داره أو حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذلك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه * وأقول يمكن أن يقال نفاذ الفسخ وتأثيره في ذلك الطريقين

لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء) لذكر الشهر منكورا وفي مثله يتعين الزمان الذي يعتقب السبب (كافي الايمان) كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا بدلالة الحال لان الظاهر من حال العاقل أن يقصد صحة العقد وحمته بذلك لتعينه بعدم المزاحم (بخلاف ما اذا قال الله على أن أصوم شهرا) حيث لا يتعين الشهر الذي يعتقب نذره ما لم يتعينه لان الاوقات كلها ليست فيه على السواء (لان الليالي ليست بعمل له) توضيحه ان الشروع في الصوم لا يكون (١٧٨) الا بزيمة منه وربما لا يقتصر ذلك بالسبب (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال)

لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فأشبهه المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليست بعمل له (ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهرا السنة كلها بالاهلة) لانها هي الاصل (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام) عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها وله أنه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد دمر في الطلاق قال (ويجوز أخذ أجرة الحام والحام) أما الحام فلتعارف الناس ولم تعتبر بالجهالة لاجماع المسلمين قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحام فلما روى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحام الاجرة ولانه استنجا على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا

أيضا عند أن ينقضي الشهر الاول وأهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالنسخ فيهما في خلال الشهر الاول فيجوز أن تكون تلك العبارات في وضع هذه المسئلة بناء على أن ظهور أثر نبوت الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني هذا غاية ما يمكن في توجيه الطرفين المزبورين وان كان ينبوعه من ظاهر القبط ثم ان الامام الزبلي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس من غير تكثير منكر لأن لكل واحد منهما خيار القسط رأس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث أيضا لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى (أقول) بل لا معنى لما قاله الزبلي لان التعامل اذا وقع من غير تكثير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه التعامل ههنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح لمعارضة الدليل القطعي أصلا فضلا عن أن لا يعتبر القطعي في مقابلة على أنه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد في رأس كل شهر فكيف يقع النزاع (قوله لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء) قال صاحب العناية في تعليقه لذكر الشهر منكورا وتبعه الشارح العيني (أقول) ليس ذلك بسديد أما اول فلان المذكور في المسئلة هو السنة دون الشهور وأما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر بالصوم أيضا منكم ومع أن الجواب مختلف والصواب في تعليل ذلك أن يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما أصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليس بعمل له تبصر (قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال) قال صاحب النهاية بضم الباء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أي يبصر الهلال وقال أراد به اليوم الاول ورد عليه صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل بقوله أراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل

على بناء المفعول أي يبصر (فشهرا السنة كلها بالاهلة) لانها الاصل في الشهور العربية فهما كان العمل به يمكننا بصار الى غيره (وان كان في أثناء الشهر فالكل بالايام عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف) ثلثائة وستين يوما (وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف ان الاول بالايام والباقي بالاهلة) فيكون أحد عشر شهرا بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير (لان الايام يصار اليها ضرورة والضرورة في الاول منها) فلا يتعدى الى غيره (ولابي حنيفة أن تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا أو غايه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام ابتداء الثاني فالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال صاحب النهاية هذه حوالة غير راجحة فان مثل هذا الاختلاف على أن الأشهر كلها عند أبي حنيفة روجه الله بالايام وعندهم الباقي بعد الاول والاخير بالاشهر

لم يجر في الطلاق وما يتعلق به وهو شهر منه لان المصنف قال في كتاب الطلاق ثم ان كان الطلاق بالاهلة في أول الشهر ٥٠ تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة وعندهم ما يكمل الاول بالاخير والمتواسط بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال (ويجوز أخذ أجرة الحام والحام الخ) استنجا الحام والحام وأخذ أجرتهم ما جاز أما الحام فلجربان العرف بذلك والقياس عدم الجواز

(قوله لذكر الشهر منكورا) أقول فيه بحث فان النذر أيضا كذلك

لجهالة ولكنه ترك الاجماع المسلمين قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة ولأنه استجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزا وانما ذكره ما في الاجارة الفاسدة مع كونه جائزا لان لبعض الناس فيه خلافا فان بعض العلماء كرهه غلة الحجام أخذ بانظار قوله صلى الله عليه وسلم الحجام شر بيت ومنهم من فصل بين حجام الرجال وحجام النساء فكره اتخاذ الحجام للنساء لانهم نهي عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن حنبل أنه لم يبح أجرة الحجام وكرهه كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهم ما والحسن والتخي رحه ما الله وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من السحت عصب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس باتخاذ الحجام للرجال والنساء جميعا للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لان المرأة تحتاج الى الاغتسال عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن من ذلك في الانهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الخففة وأبو بل ماروى عن الكراهة هو أن يدخل مكشوف العورة فأما بعد التسرف لا بأس بالدخول ولا كراهة في (١٧٩) غلته كمالا كراهة في غلة الدور

والحوانيت والنهي في كسب الحجام قد انتسخ بما ذكر في آخر حديث أبي هريرة رضي الله عنه فأناه رجل من الانصار فقال ان لي ناضحا وحماما أفأعلف ناضحي من كسبه قال نعم وأناه آخر فقال ان لي عيالا وحماما أفأطعم عيالي من كسبه قال نعم فأرخصة بعد النهي دليل انتساخ الحرمة ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفعل أي ضربه (وهو أن يؤجر فلا ينزوي على الاناث) وخرج بعض الشافعية والحنابلة الجواز وجهها وهو أنه انتفاع مباح ولهذا جاز بطريق الاستعارة

قال (ولا يجوز أخذ أجرة عصب التيس) وهو أن يؤجر فلا ينزوي على الاناث لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عصب التيس والمراد أخذ الأجرة عليه قال (ولا الاستجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه) والاصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولاننا كوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن أبي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القرية متى حصلت وقعت عن العامل وله هذا تعبرا أهلية فلا يجوز له أخذ الاجر من غيره كافي الصوم والصلاة

هو أول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه (أقول) نظره ساقط لان صاحب النهاية قد فسر قوله بهل الهلال بقوله أي يبصر الهلال فعلى هذا التفسير كان معنى قوله حين بهل الهلال حين يبصر الهلال وهو أول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله أراد به اليوم الاول تفسير معنى قوله حين بهل الهلال اذ قد علم معناه من تفسيره السابق قطعاً بل مراده بذلك بيان أن ليس المراد بقوله حين بهل الهلال في هذه المسئلة معناه الحقيقي وهو أول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر وهذا نظير ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد محرمه الله برأس الشهر في قوله لكل واحد منهم ما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي بهل فيها الهلال بل رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي بهل فيها الهلال ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور أصلا (قوله ولان القرية متى حصلت وقعت عن العامل الخ) أقول

والحاجة تدعو اليه فكان جائزا كاستجار الطائر للارضاع قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عصب التيس) رواه البخاري (و مراده أخذ الأجرة عليه ولا يجوز الاستجار على الاذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على عمل معلوم غير متعين عليه) اشارة الى الاحتراز على تعين الشخص للامامة والافتاء والتعليم فانه لا يجوز استجاره بالاجماع

قال المصنف (وهو أن يؤجر فلا) أقول كان المصنف يريد أن في الكلام مجازا حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفعل كاطلاق المرسن وأراد مطلق الانف (قوله ولا يجوز أخذ أجرة عصب الفعل أي ضربه) وهو أن يؤجر فلا ينزوي على الاناث (أقول قوله وهو أن يؤجر فلا الخ) يدل على أن العصب بمعنى الاكراهة على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أي ضربه ويجوز أن يقال ظاهر اضافة الاجرة الى العصب يقتضى أن يكون العصب بمعنى الضراب تقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (و مراده أخذ الأجرة عليه) أقول أي المراد من عصب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العصب الكراهة الذي يؤخذ على ضراب الفعل ونهى عن عصب الفعل تقول عصب فاعله بعصبه أي اكراهه وعصب الفعل أيضا ضربه ويقال مأثوه

(وبعض مشايخنا) يريد به مشايخ بلخ رحمهم الله (استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأفتوا بوجوب المسمى وعند عدم الاستنجار وعند عدم ضرب المدة أفتوا بوجوب أجر المثل (لأنه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع تضييع حفظ القرآن) وقالوا انما كره (١٨٠) المتقدمون ذلك لانه كان للأعلمين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عما يلزمهم

من امر معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم بطريق الحسبة ولم يبق ذلك وقال أبو عبد الله الخليلي يجوز في زماننا للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة ذكره في الذخيرة (ولا يجوز الاستنجار على سائر الملهي لانه استنجار على المعصية والمعصية لا تسحق بالعقد) فانه لو استحقته لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا مضافا الى الشرع وهو باطل قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) ولا يجوز ان يؤجر الرجل نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك عند أبي حنيفة سواء كان النصيب معلوما كالربع ونحوه أو مجهولا (وقالا يجوز لان المشاع له منفعة ولهذا يجب أجر المثل) وماله منفعة يد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان مقتضى موجودا (والمانع) وهو عدم القدرة على التسليم (متنفا لانه يمكن بالتقليد أو بالتأثير فصار كما اذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يحنيفة

ولان التعليم مما لا يقدر العلم عليه الا بعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال (ولا يجوز الاستنجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملهي) لانه استنجار على المعصية والمعصية لا تسحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند أبي حنيفة الا من الشريك) وقالوا اجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من داره مشتركة من غير الشريك له ما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم يمكن بالتقليد أو بالتأثير فصار كما اذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يحنيفة أنه أجر مما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز

بنقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم طاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشبه هذا الاخبار الواردة في الباب كحديث الخنعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه حجى عن أبيك واعتمرى فان ذلك صريح في وقوع القرية عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقريره هذا الدليل ولان القرية متى وقعت يقع ثوابها للقاعل لا للغير اه (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن الاصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل السنة والجماعة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضحى بكشين أحدهما عن نفسه والاخر عن أمته عن أقر بوحدة انية الله تعالى وشهده بالبلاغ يجعل ثواب فضيحة احدي الساتين لأمته اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر العلم عليه الا بعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل في التعليم بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين واللقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للتعليم وانما وظيفة الاخذ والفهم وان أريد ان المعلم يضام دخلا في ظهور أثر التعليم وفائدته فان المتعلم مالم يأخذ ما ألقاه المعلم ولم يفهمه مالم يقنه لم يظهر تعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه مما يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعليم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيقول أخذ الاجرة على التعليم الى أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم كفي التغاير الاعتباري لنا اذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن في أخذ الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستنجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المار بن آتفا أن لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي غلب المنافع بعوض في الاستنجار على تعليم القرآن ونظيره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستنجار في هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الاشكال القوي لعله مما

أنه أجر مما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقديره أجر مما لا يقدر على تسليمه تسكب

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرء به عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر من تقرير الكلام (قوله وتقديره أجر مما لا يقدر على تسليمه) أقول يعني على تسليمه وحده

(لأن تسليم المشاع وحده) سواء كان محتتملاً للقسمة كالدار أو لا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا يصح إجارته لعدم الانتفاع به والإجارة عقد على المنفعة فيكون دليلاً مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم والثاني أن يكون ممانعة وتقرر به لأن تسليم انتفاء المانع فانه آجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة وقوله (والخلفية) جواب عما قالوا التسليم ممكن بالخلفية ووجهه أن الخلفية لم تعتبر تسليم الذات بحيث اعتبرت بل لكونها تمكينا (وهو) أي التمكين هو (الفعل الذي يحصل به التمكين) فكانها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكين (والتمكن في المشاع غير حاصل) ففات المعلول وإذا فات المعلول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فإن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الخش فكان التمكين بالخلفية فيه حاصلاً وقوله (وأما التأيؤ) جواب عن قولهما أو بالتأيؤ وحاصله أن التأيؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفاه شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن إثباته بالتأيؤ لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوت وقوله (وبخلاف ما إذا آجر من شريك) جواب عن قولهما فاصار كما إذا آجر من شريك ووجهه أنه إذا آجر من شريك (فالحل يحدث على ملكه فلا شيوخ) (١٨١) وفيه نظر لأنه لو لم يكن فيه شيوخ

لجواز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنع في شيوخ موصوف ويجوز أن يكون الشيوخ مانعاً للحكم باعتبار دون آخر فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فإن القبض التام لا يحصل في الشائع كما تقدم أن الشريك والاجنبي فيهما سواء وينع جواز الرهن لانعدام المقود عليه وهو الحبس الدائم لأنه في الشائع غير متصور والشريك والاجنبي فيهما سواء وأما ههنا فلا يعدم المقود عليه وهو المنفعة وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يرجع

وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور والخلفية اعتبرت تسليم الوقوع تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكين فيه وأما التأيؤ فأنما يستحق حكماً له قد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المترأخ سابقاً وبخلاف ما إذا آجر من شريك فالحل يحدث على ملكه فلا شيوخ والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه

تسكب فيه العبارات الآن لا يسلم صحة ذلك الدليلين (قوله وأما التأيؤ فأنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك إلى قوله ولا يعتبر المترأخ سابقاً) هذا جواب عن قولهما أو بالتأيؤ وحاصله أن التأيؤ من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفاه شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن إثباته بالتأيؤ لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً كذا في العناية واعتراض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية أما على ما في الهداية فيقال فيه بحث فانهم لم يقولوا أن التأيؤ هو القدرة على التسليم بل يقولون يحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التأيؤ (أقول) كل واحد منهما ماسا فط أما الأول العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وما نحن بصدده منه اه (أقول) كل واحد منهما ماسا فط أما الأول فدلالة كلامه على أن التأيؤ هو الحصول لأن ما ذكره ههنا من قبل أبي حنيفة ليس عيني على أن يكون مدار ما قاله صاحباه على أن التأيؤ هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهم لم يقولوا أن التأيؤ هو القدرة بل قالوا يحقق التسليم به بل ذلك مبني على أن قولهما أو بالتأيؤ في قولهما أو التسليم ممكن بالخلفية أو بالتأيؤ يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التأيؤ فيرد عليه من قبله أن يقال ثبوت التأيؤ بل ثبوت القدرة على التأيؤ متأخر عن تحقق العقد لأنه أنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المقدمة بثبوت

في حق الشريك وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لأن الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وينصيب شريكه بالامتياز فيكون الشيوع موجوداً ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر إذا اتحد المقصود على أن يمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كل رهن على هذه الرواية

(قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعني وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقتضيه العقد فلا يردني (قوله وتقرر به لأن تسليم انتفاء المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لأن تسليم المشاع الخ من قبيل المبالغة في السند قال المصنف (وأما التأيؤ فأنما يستحق حكماً للعقد وبواسطة الملك وحكم العقد يعقبه) أقول فيه بحث فانهم لم يقولوا أن التأيؤ هو القدرة على التسليم بل يقولون يحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التأيؤ (قوله لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً) أقول يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتاً وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لأنه في الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وبخلاف الشيوخ الطائري) بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فإنه تبقى الاجارة في نصيب الحي شائعة في ظاهر الرواية (لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) لان القدرة لو جوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق بظاهر الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكنه في قوله وبخلاف ما إذا أجر نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل وقوله (وبخلاف ما إذا أجر من رجلين) جواب عن ذلك ووجهه ما قال (ان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طائري) فان قيل لا نسلم أنه طائري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أوجب بأن (١٨٣) بقاها لاجارته حكم الابتداء من وجه لانها اعتقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان

العقد الغير اللازم هو الذي يكون البقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما انحصم بقول لا بقاء للعقد فيها والصواب أن يقال الطريان انما هو وعلى التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه

(قوله ليس له تعلق بظاهر) أقول خبره قوله وقوله وبخلاف الشيوخ الخ (قوله الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول النظار أنه جواب للمعنى يستدل به الامامان على مدعاهما بجواز الاجارة في صورة الشيوخ الطائري بأن يموت أحد المؤجرين بعدما أجر ادارهما من رجل مثلاً وان لم يكن مذكورا في تفسير دليلهما في هذا الكتاب الا أنه نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون البقاء فيه

وبخلاف الشيوخ الطائري لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء وبخلاف ما إذا أجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طائري

المأخر وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غابا عليه أصلا وأما الثاني فلا أنه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه نبوتنا كما في الاستدلال من الأثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا يشك عاقل في أن ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتأثير أن ثبوت العلم بإمكان التسليم بالتخلية أو بالتأثير بل معناه ان ثبوت نفس إمكان التسليم أى القدرة عليه بالتخلية أو بالتأثير وما نحن بصدده جواب عن قوله ما ذلك فكان المراد به أيضا ما أريد به هناك (قوله وبخلاف الشيوخ الطائري لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق بظاهر الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما إذا أجر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل أبي حنيفة وهو ان الشيوخ الطائري لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك أيضا ولا شك ان لهذا تعلقا بظاهر ما نحن فيه من غير احتياج الى أن يجعل تمهيدا لما بعده (قوله وبخلاف ما إذا أجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طائري) قال تاج الشريعة فان قلت الشيوخ مقارن لطائري فانهم ساعة ففساد فساد فساد فكان الطائري كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها اعتقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه ورد عليه صاحب العناية بجوابه حيث قال فان قيل لا نسلم أنه طائري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أوجب بأن بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها اعتقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون البقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما انحصم بقول لا بقاء للعقد فيها اه (أقول) كل من أصل رده وعلاوته فاسد أما الاول فلا أن قول المجيب لانها اعتقد لازم ناظر الى قوله دون وجه أو الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبني عليه رده كما ترى فعنى الجواب ان لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها اعتقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوخ مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطائري كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوخ الطائري والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى

طوى

حكم الابتداء) أقول لعل مراد المجيب أن بقاء الاجارة له حكم الابتداء في جعل العقود عليه الغير

المستأجر وقوله لانها اعتقد لازم يرد ان اقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما في سائر العقود وقوله من وجه بومى الى ما ذكرنا أيضا فتنبه فلا يرد ما أوردته الشارح (قوله كما تقدم في الوكالة) أقول في باب عزل الوكيل (قوله وانما انحصم بقول لا بقاء للعقد فيها) أقول لا معتبر لكلام انحصم بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد) أقول بوضعه أنه اذا اعتقد الاجارة مع الرجلين مات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة في حق الحي وان كان ذلك حال بقاء العقد

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللين يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبيغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللين والخدمة تابعة ولهذا الوأرضعته بلبين شاة لا تستحق الاجر

طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجهه ولم يدرك الجواب حينئذ لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثاني فلا لأن ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما ينزع فيه أحد فان الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد هو الايجاب والقبول الصادران من المتعافدين مع ارتباط أحدهما بالأخر باق شرعا بقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فسادا هو الانعقاد في حق العقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة من كشف بما ذكره من الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوخ الطائريين بأن أجور رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن أجور رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انفسا فسادا بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوخ المفسرين بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجديد الانعقاد في حق العقود عليه فأما أصل العقد فتعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوخ طائري والشيوخ الطائري ليس نظير المفارن كما في الهبة اذا وهب كل دار وسلمها ثم رجع في نصها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم أن القياس يأبي جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللين فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم لبشر بلبنها لكن جوازها استحسانا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللين مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللين يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صبا غاليا صبيغ له الثوب فانما اجارة وطريق الجواز ان يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبيغ يدخل فيه تبعا فلم تكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا خبر برزكيت بل مختل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن العقود عليه في استئجار الظئر ما ذاقا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللين يقع كالصبيغ في الثوب وقال بعضهم هو اللين والخدمة تابعة على ما سبأ في تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها أن القياس يأبي جوازها لكن جوازها استحسانا فمذكور في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناه ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجه القياس ولا يصح على الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأسا لترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تفق (قوله لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد الطلاق (أقول) الاولى أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم عليه واختلف العلماء في العقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللين تباع كالصبيغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللين والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللين لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بصلحته تباع والعقد عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا الوأرضعته بلبين شاة لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله

(قوله يعني بعد الطلاق) أقول يعني بعد الطلاق البائن اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كمن استأجر بقرة لبشر بلينها ووعده ببيان العذر عن الارضاع بلين شاة وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه شمس الأئمة بعدد وثبته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص بتملقه بأمور ووسائل منها اللبن فجعل (١٨٤) العين المرتبة منفعة ونقض القاعدة الكلية ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع

الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبه له عبار وى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الأدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة لانه ليس بظاهر الرواية ولئن كان فسخ ما منعنا أن يستحق بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك

(قوله وهو تقليد صرف) أقول يعني لشمس الأئمة (قوله فجعل العين المرتبة) أقول قوله فجعل مبتدأ وخبره يحى بعد سطر ين وهو قوله ليس بواضح (قوله ونقض القاعدة الكلية) أقول اذا جعل اللبن منفعة لا تنتقض القاعدة الكلية الا ان يقال المراد هو المنافع حقيقة ولكن الخصم من وراها منع (قوله ولا يتشبه) أقول ناظر الى قوله ان عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع (قوله دليل

والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة لبشر بلينها وسنمين العذر عن الارضاع بلين الشاة ان شاء الله تعالى

الطلاق وهو قوله وان استأجرها وهي زوجته أو معتدة لترضع ولدها لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال اذا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى (أقول) ليس ذلك تمام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبسوطة في رواية انتهى فتدبر (قوله والاول أقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا الخ) القول الاول اختيار صاحب الذخيرة والايضاح واختاره المصنف كآثره والقول الثاني اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض التجار ين أن العقد وعليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج اليه وأما اللبن فبيع فيه لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كابن الانعام ثم قال والايضاح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الشدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الأدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه الامام الكبير شمس الأئمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى نجيته من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الارضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص بتملقه بأمور ووسائل منها اللبن فجعل العين المرتبة منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتشبه له عبار وى ابن سماعة عن محمد أنه قال استحقاق لبن الأدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق لبن الأدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بأن يكون استحقاقه من حيث كونه مقصودا الا ترى أن الصبي في الثوب يستحق به بل العقد الاجارة تبعا مع أنه مما يجوز بيعه قطعاً ثم ان للشارح العيني ههنا كلمات كثيرة من خرفة ذكرها تفويها لما ذهب اليه شمس الأئمة السرخسي ورداء على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبيننا حالها استرنا الاطباء بلا طائل ولكن لا علينا أن نذكره من أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية

على أنه لا يجوز بيعه الخ) أقول لانه دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الاعيان دون المنافع (قوله والعناية) على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة) أقول لان الاعيان لا تستحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع (قوله لانه ليس بظاهر الرواية) أقول ناظر لقوله ولا يتشبه له (قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا لظهور أن استحقاقه تبعا لا يدل على عدم جواز بيعه كما في الصبيغ

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (صحت اذا كانت (١٨٥) الاجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد

لخدمته مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فحاشا لهذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجعت الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون نوطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الاجارات وبتعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قاله من غيرهم من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تقضى الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجعلا عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا)

يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (الخ) أقول وأعمل مراد المصنف هو الاشارة الى ما صححه واختاره من الطريق الاول كما يفهم من المقدم عليه فليتامل (قوله) ويجوز أن يكون نوطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول بآبي عن ذلك قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة فليتامل قال

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ ولها ان الجهالة لا تقضى الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد فصار كبيع فقير من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تقضى الى المنازعة (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالاجماع

والعناية قلت قول شمس الأئمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمنفعة ثم يردده والعريضة لمن ياكل ثمر الشجرة ثم يرددها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يرددها ثم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد بن جهم انه غير نظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلى كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ما قاله في الاول والاخر فاسد أما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصليا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس يتحقق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا ذحقيقة الاجارة تعليق المنافع بعوض دون تعليق الاعيان فان تعليق الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء فاطبقة وما ذكره من التنظيرات والتشبيهات مما لا يجدي شيئا أما صورة العارية فلان العين هناك باقية على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا ماساس لها ما نحن فيه وأما الصورتان الاخرى ان فلان المعنى فيهما وان كان تعليق العين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه اذ الكلام في أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من العقود لا يرد عليها وأما ما قاله في الاخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير نظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشراح فاطبقة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة عن محمد بن جهم بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحدرجه الله التي هي الرواية المعتد بها جدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدر في ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير نظاهرها فكأنه نسي ما قدمت

يداه (قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (أقول) فيه نظرا لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يسم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستئجار على الخدمة أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستئجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصود الاحتمال وفي استئجار الطريق يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبارا أحدهما بالآخر فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة وأخذ كذا القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فتناسب ذكرهما متصلا بأصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فتناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال

(٣٤ - تنبيهه سابق) المصنف (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم) أقول يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخائض أي للطعام والمراد بالتسمية هو التعمين أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصل في تناول

وفسر قوله فان سمي الطعام دراهم (١٨٦) (بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا الاجتهاد فيه (ولو سمي الطعام وبين قدره جاز أيضا) لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان

وركاكة الجواب للذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فافائدة هذا الكلام قلت أنبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجعت الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم (قوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يمكن أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة عقابا لطعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى (أقول) ليت شعري كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المصنف بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبوله هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن أكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا أقل من المساواة لانه اذا صير الى حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ أي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمي بدل الطعام دراهم كما جعله عليه الامام الزيلعي جاز أن يفهم منه أول المعنى الذي ذكره المصنف وهو قوله أن يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه أصلا آخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه أنه سمي بدل الطعام دراهم لا غير انتهى وأما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فله اشتراك في الآخر مع المعنى الذي ذكره المصنف وفي أوله تفصيل زائد على ما في أول المعنى الذي ذكره المصنف فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيين متساويين في ان فهم البعض الاول منهم من ذلك اللفظ وعدم ان فهم البعض الآخر منهم مانعه والا كان المعنى الذي ذكره صاحب النهاية أكثر بعدا عن ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المصنف فلا وجه لرد الثاني وقبول الاول وقال صاحب العناية بعد أن نقل ما قال صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدل بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدل إلى ذلك انتهى (أقول) لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام أن تقديره بدل لا بعد أن أخذت كلمة أن يجعل مفعولها ركاكة من حيث الاعراب والمعنى فعليلك بالتأمل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض أي للطعام أو المراد بالتسمية هو التعيين أي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى تأمل انتهى كلامه (أقول) كلا التوجيهين مجروح أما الاول فلانه قد تقرر في علم النحو أن حذف حرف الجر مع غير أن وأن انما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله ذنبا أي من ذنب وبغاه الخبر أي بغى له وأما فيه الا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجر حذف الجار من اياك من الاسد اذ لم يسمع وعن هذا قال ابن الحاجب ولا تقل اياك الاسد لامتناع تقديره من انتهى وفيما نحن فيه أيضا لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض أي حذف حرف الجر وله ذلك لم يتعرض المصنف وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا وأما الثاني فلا أنه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلى والابلزم الجمع بين معنى التسمية وهو لا يجوز نسواه كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين أو حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر اذ لا يجوز عموم المستترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الاصول (قوله ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان) قال كثير من ثقات الشراح في شرح قوله أوصافها أي أوصاف الطعام على تأويل الخنطة اه (أقول) فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعم الخنطة وغيرها فكيف يتم تأويل ذلك بانها في مقام الاستدلال على العام

النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يمكن أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقدرة عقابا لطعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدل بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدل إلى ذلك (وهذا) أي جعل الاجرة على هذا الوجه (لا جهالة فيه وكذا الوسمي الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى أجرة (لان أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الخنطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة اذا كان ديننا والأثمان لا يشترط تأجيلها بخلاف ما اذا كان مسلما فيه لانه في السلم مبيع وان كان ديننا فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وانما يفهم منه أنه يسمي بدل الطعام دراهم لا غير تأمل (قوله ولكن يمكن أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة عقابا لطعامها الخ) أقول بان يكون المضاف مقدرافي كلام الجامع أي مسمى بدل الطعام وهكذا ذكر الزيلعي الآن التقدير لا بد

(ويشترط بيان مكان الايقاف) اذا كان له حل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلا فالحما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجهما من وطئ الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به أي بعقد الاجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما اذا كان الزوج عن يمينه طؤرة زوجته أو لا وهو الاصح لانها ان كانت ترضعه في بيت أبيه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وان كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من ادخال صبي الغيرة منزله كإن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشها في منزله بعد الرضا بالعقد لان المنزل حقه فان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذرا تفسخ به الاجارة كالمريض (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لان العمل) يعني العمل الراجع الى منفعة الصبي (على الظئر) والباقي ظاهر وقوله (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا الجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فانه انما لم يجب الاجر لاختلاف العمل) لا لتفاهة ابن ولهذا لو أوجر الصبي بلين الظئر في المدة لم تستحق الاجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللين وقوله (انه اختلاف العمل) بدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو أنه وفي بعضها لانه فان قيل (١٨٧) الظئر أجير خاص أو مشترك

أجيب بأنها أجير خاص على ما يدل عليه لفظ البسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقعت في أسرق من حلي الصبي أو نيا به شيء لم يضمن الظئر لانه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعه في المدة الأبرى أنه ليس لها أن تؤثر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده وفيه نظر لانه قال لانه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذ كرفي الدخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصا ومشترا كافئها لو آجرت نفسها القوم آخرين

(ويشترط بيان مكان الايقاف) عند أبي حنيفة خلا فالحما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان القدر والجنس) لانه انما يصير ديناً في الذمة اذا صار مبيعاً وانما يصير مبيعاً عند الاجل كما في السلم قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجهما من وطئها) لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا أن المستأجر يمنع عن غشها في منزله لان المنزل حقه (فان حبست كان لهم أن يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها) لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت أيضا (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لان العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما انص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر ما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة (وان أرضعته في المدة بلين شاة فلا أجر لها) لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا الجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى أنه يختلف العمل

والحق عندى ان مرجع الضمير هو الطعام يتأويل كونه أجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الاجرة أوصافها أو صاف أثمان فلا يشترط تأجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكر والمجيب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيله الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالخطئة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا الجار وليس بارضاع) في الصحاح الوجور الدوايه جري في وسط القم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى اه (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا الجار ارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع

لذلك ولم يعلم الاولون فأرضعت كل واحد منهما ما وقرغت أتمت وهذه جنابة منها ولها الاجر كاملا على الفريقين وهذا يدل على أنها تختص لهما فقلنا بأنها تستحق الاجر منهما كالتشبيها بالاجير المشترك وتأتم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص

(قوله أجيب بأنها أجير خاص الخ) أقول ولعل الاولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا يكون خاصا وان قدم ذكر العمل يكون مشتركا على قياس ما قيل في استئجار الراعى (قوله وفيه نظر لانه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلاله لفظ البسوط دلالة قوله فان العقد قد ورد على منافعه الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليست أم (قوله وهذا يدل على أنها الى قوله وتأتم بما فعلت نظرا الى الاجير الخاص) أقول وفي الفصل الثامن والعشرين من اجارات المحيط البرهاني وليس للراعى اذا كان خاصا أن يرعى غنم غيره بأجر فلو أنه آجر نفسه من غيره لمعمل الراعى ومضى على ذلك فهو ر ولم يعلم الاول به فله الاجر كاملا على كل واحد منهما لا يتصدق بشيء الا أنه يأنى وفي البرازية ليس للواحد ان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الاجر كاملا ويأنى ولهذا قالوا الخاص لا يلى أن يؤجر نفسه من آخر في مدتها ولو آجر من آخر في المداة الثانية أيضا ويطيبه الاجر ولا يتصدق به وان كانت منافعه منه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حاراً يحمل طعاماً بغيره منه فالأجرة فاسدة) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من ٤- له فيه صير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو أن يستأجر ثوراً يطحن له حنطة بغيره من دقيقه

قال (ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه الخ) ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فالأجرة فاسدة وكذلك اذا استأجر حاراً يحمل طعاماً بغيره منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثوراً يطحن له حنطة بغيره من دقيقه

(قوله وكذلك اذا استأجر حاراً يحمل طعاماً) أقول من قبيل الحذف والايصال

هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلين شاة بل الظاهر أن يقول وان أوجرته بدل وان أرضعته اللهم الا أن يحمل على المشاكلة بلا نسبة مسئلة استئجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تأمل فان قيل الظئر أجير خاص أو أجير مشترك أجيب بأنهم أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع تحت أو سرق من حلي الصبي أو من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئاً لانهم بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعتها في المدة لا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده اهـ ويحتمل أن تكون أجيراً خاصاً وان تكون أجيراً مشتركاً على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان أوجرت الظئر نفسها من قوم آخرين نرضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الا ولون حتى يفسدوا هذه الأجرة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أتمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملاً على الفريقين اهـ وجه الدلالة على احتمالهما انها لو كانت أجيراً وحده من كل وجه لم تستحق الاجر كاملاً وأتمت بما صنعت ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحققت الاجر كاملاً ولا تأثم فكانت بينهما قسماً بأنهما تستحق الاجر كاملاً لشبهها بالاجير المشترك وبأنها تأثم لشبهها بالاجير الواحد هذا زيادة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتنى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلاله لفظ المبسوط على كونها أجيراً خاصاً حيث قال وفيه نظر لانه قال لانهم بمنزلة الاجير الخاص لا عينيه انتهى (أقول) نظره ما فاقنا فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعتها في المدة وتنويه بقوله لا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما ما يدل قطعاً على انها أجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستأجر من خواص الاجير الخاص وأما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لأحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض القضاة قال ولعل الاولى في الجواب أن يقال ان قدم المستأجر كالمدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا ان يكون خاصاً وان قدم ذكر العمل تكون مشتركة على قياس ما قيل في استئجار الراعي اهـ (أقول) ليس ذلك الجواب بتمام اذ رد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيراً خاصاً على الثبات فيما اذا قدم المستأجر كالمدة لما استحققت الاجر كاملاً اذا أوجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملاً على الفريقين ولكن تأثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعبرات أيضاً وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملاً على الفريقين وهذا لا يشك اذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضي ولدي هذا سنة بكذا لان الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لان الاب أوقع العقد أولاً على العمل انما يشك فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضي ولدي هذا بكذا لانها أجير وحده في هذه الصورة لانه أوقع العقد على المدة أولاً وليس لأجير الواحد أن يؤجر نفسه من آخر وإذا أبحر لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول وتأثم والوجه في ذلك ان أجير الواحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه بقاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت أجيراً وحده من كل وجه لم تستحق الاجر كاملاً على الاول وتأثم بما صنعت ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحققت الاجر كاملاً ولم تأثم فاذا كانت بينهما قسماً بأنهما تستحق الاجر كاملاً لشبهها بالاجير المشترك ونقلنا بأنها تأثم لشبهها بالاجير الواحد اهـ فقد ظهر ان

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدره غيره) واذا ثبت فساد العقد (١٨٩) كان للحائلك أجر مثله لان

صاحب الثوب استوفى منفقته بعقد فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر) لا المسمى ولا أجر المثل (لان المستأجر

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدره غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر بمجرد تقديم المستأجر كالمدة لا يتم كون الظئر أجير وحده من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتبصر (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف اه وقال بعض الفضلاء سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (أقول) ما سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ان بين في أوائل كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قولهم الحاجة الناس اليها ونظهور تعامل الامة بهم والقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع اه ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطحان بل انما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وفي معنى قفيز الطحان من وجه أي من حيث انها استأجر ببعض ما يخرج من عماله كما ذكر في دليل أبي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه أي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استأجر محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجي من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما أنه من حيث القياس فيستترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلواني وأستاذ القاضى الامام أبي على النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا فاذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلواني وأستاذ فاذ كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القوانين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

(قوله لانه في معناه من كل وجه) أقول في تقرير الجواب نوع مساحبة والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس الا أن ما نحن فيه ليس ثابتا بالقياس بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومثله لا يترك بالعرف) أقول سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (قوله فان قيل لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز

الطحان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك) أقول الخاق بعض المحمول بقفيز الطحان بالدلالة محل التأمّل وكيف القفيز بعد الطحن شيء آخر حتى يملكه الغاصب ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال) أقول قال العلامة الزيلعي فيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تغلّك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا أو ديناعا على ما بيناه من قبل فكيف يملكه ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التجيّل

ملك الاجير (الاجرة في الحال بالتجمل) لان تسليم الاجرة بحكم التجمل يوجب الملك في الاجرة (فصار) حاملا طعاما (مشترا كل من استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما) (١٩٠) لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله

بالنصف الا خرت لو خرج الى مسألة أخرى وهو ما اذا قال اجل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون شريكا ولكن تفسد الاجارة لكونها في معنى قفيز الطحان ويجب اجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه انتهى لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير والظاهر ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام والله ولي الفضل والالهام فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفترضة للملك الاجير الاجرة في الحال بالتجمل والتالي باطل اذ حينئذ يكون مشترك بينهما فيقتضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزمه يكون باطلا فكذا هذا

ملك الاجير في الحال بالتجمل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

ملك الاجير في الحال بالتجمل الخ قال الامام الزبلي في شرح السكز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكالان أحدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحة منها بالعدا عندنا سواء كانت عينا أو ديناً على ما بيناه من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التجمل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اه كلامه (أقول) كل من اشكاليه ساقط أما الاول فلا نه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتجمل اذ تجمل الاجر بما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من التفات منهم صاحب النهاية ومراجع الدراية حيث قال ان ههنا مسئلتين احدهما ما اذا استأجر رجلا ليحمل له كرخطة الى بغداد مثلاً بنصفه كانت الاجارة فاسدة ولا جبراً جرمه ان كان بلغ الى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية ان يستأجره ليحمل له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلا ان المناقاة بين قولهم ملك الاجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاجر عن ذمعي الاول انه يملك الاجير ابتداءً بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتجمل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكاً في الطعام قبل ان ينفذ شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليه لانه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعاً ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة فتسلا عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث قال وأما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استأجره ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فاعلم انه يملكه على سبيل التملك لنصف الكر من قبل ان البدل نصف كرمطلق لان نصف كرمحمول الى بغداد فصار بتسليم الكر اليه مباحلاً لاجرة فله كما بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكاً في الكر قبل ان ينفذ شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلوا ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذلك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجر في الصورة المفترضة للملك الاجير الاجرة في الحال بالتجمل والثاني باطل اذ حينئذ يكون مشترك بينهما فيقتضي الى عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزمه يكون باطلا فكذا هذا

فليتأمل قال المصنف (ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه) (الخ) أقول فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره أيضاً فلا معنى للحصر وثبات المطلوب لا يتوقف عليه الآن بحمل على المبالغة في التشبيه أي حوكما عامل لنفسه وسيجي من الشارح أكل الدين جواب هذا البحث فراجع وتأمل فيه

وقوله (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر جارا يحمل طعاما بقبض منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافي الاحتياط حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند محمد لان المسمى وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الحط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف عن ذلك لانه رضى بنصف المسمى حيث اشترى وهذا اذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطبا جميعا وجمعاهما فهاشركا على السواء قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم الخ) المختاتيم جمع محتوم وهو الصاع سمي به لانه يحنم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص وإضافة العشرة الى المختاتيم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقالوا هو جائز كره في اجارات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل وان كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستكمال لا لتعليق العقد به فكانه استأجره للعمل على أن يفرغ منه (١٩١) في أسرع الاوقات والحمل على هذا

علا بد منه دفعها للجهالة لتصح العقد ولا يبي حنيفة أن المعقود عليه مجهول لترده بين امرين كل منهما صالح لذلك لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس أحدهما أولى من الآخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر في الثاني حتى لا يجب الاجر عليه الابتسليم العمل ونفع الاجير في الاول لاستحقاقه بتسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جاز أن يطلب

قال (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل لانه رضى بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافي الاحتياط حيث يجب الاجر بالغاما بالغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في اجارات هو جائز) لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستكمال لتصح العقد وترفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح نفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه لا ظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق

فلامعنى للتصريح واثبات المطلوب لا يتوقف عليه الآن يحمل على المبالغة في التشبيه أى هو كعامل لنفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمشئ رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلامعنى لقوله فلامعنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في غشمة البحث ههنا توسيع الدائرة بأن يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتى تمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لتكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسألة الراعى على ماصر حوايه في معتبرات الفتاوى

الاجير أجره نظرا الى الاول ويمتنع المستأجر نظرا الى الثاني فأفضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتجمل تحكما لتفاوت الاغراض فقد يكون للتجمل وقد يكون لتكون المنفعة معلومة وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلان درهم وان خطته غدا فلان نصف درهم فان أباح حنيفة اجارة بالشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتجمل وبيننا وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختاتيم على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جائزة بالاجماع والفرق بينهما وبين الاول ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر للمأخبر فيه ماصرفه عن حقيقة التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التجمل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنه فلا يصار الى المجاز

قال المصنف (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور مع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضى أن ذلك مذهب الكوفيين وبعض المتأخرين فراجعه قال المصنف (وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسألة الراعى (قوله وطواب بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلان درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بين ما قالوا في مسألة الراعى انه اذا جتمع المستأجر بين المدة والعمل فلا اعتبار للقدم منهما في كون الاجير خاصا ومشترا كما قيلتأمل

ولهذا جازت الاجارة بدين) أي بأجرة هي دين على المؤجر ولولم تكن المنافع بمنزلة الاعيان لكان ذلك ديناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراده يحترم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراده يحرم النساء ومعنى القوهى تقدم في البيوع (والى هذا) أى الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك أطلت الفكرة فأصابك الحيرة وجالست الخنائى فكانت منكزلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والحنائى اسم محدث كان ينسكرا لحوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى أن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل محدثان شيئاً فشيئاً وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدمنا على عقد متأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فلا لحاق به تكون شبهة الشبهة وليست بمعرفة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فلا لحاق تثبت الشبهة لاشتمالها على الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء (١٩٣) يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقيق النساء ويجوز أن نسلك طريقاً آخر وهو أن يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجوداً دون الآخر أو لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرها موجودين لان بطلانه قد تقدم

حتى جازت الاجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد

إذا شرط أن يكربها مرتين في موضع لا تخرج الأرض الربع إلا بالكرب مرتين أو كانت تخرجها بالكرب مرة إلا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز عبارة العذابة والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وائت خبيراً بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأني زراعة الابنة انتهى (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شرطه الاول فلانه اذا كانت الأرض تخرج الربع بالكرب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكرب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فمما بالكرب مرة واحدة من غير حاجة الى الكرب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد به فكيف يكون من مقتضياته وأما شرطه الثاني فلانه اذا كانت الأرض تخرج الربع بالكرب مرة فهل يقول العاقل لا تتأني الزراعة هناك إلا بالكرب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكرب مرتين في موضع تخرج الأرض الربع بالكرب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فأنما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر لانه لا نفع فيه والا لا يستقيم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ما حكى ابن سماعة كتب

(قوله ولهذا جازت الاجارة

بدين أى بأجرة هي دين

(٣٥ - تكمله سابع) على المؤجر) أقول يعنى كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه داراً

بذلك الدين الذى في ذمته (قوله أما علمت ان السكنى بالسكنى) أقول الظاهر أن المضاف مقدراً أى بمبادلة السكنى بالسكنى (قوله وأجيب عن الاول بأنهما لما أقدمنا على عقد متأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً) أقول الانسب أن يقول متأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثاني (قوله وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المجانسة المحرمة للنساء اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمى لو سلم يورث شبهة في الاحتياط فتتحقق شبهة الشبهة تأمل وانما قلت لو سلم لانه يجزى الى مذهب الشافعى ظاهراً (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول الضمير في قوله لفقدانها ارجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلك طريقاً آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لا يتجه الزام على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالاجماع فليتأمل (قوله لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبرها موجودين) أقول الاظهر أن يقال في تقرير السؤال انما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثاني في عدمها وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما وانما قلنا ان الاظهر ذلك لظهور كون القسمة حاضرة

من بلغ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكني دار بكسني دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فأصابك الخيرة وجالست الخناني فكانت منكزلة أما علمت أن السكني بالسكني كبيع القوهي بالقوهي نساء والخناني امم محدث كان يشكر الخوض على ابن ميماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكري عامة شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء انما يتصور في مبادلة موقوف في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بوجود بل يحدثان شيئا فشيئا وأجيب عن الاول بأن ما أقدمنا على عقدي تأخير المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياط عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالا لحاق به تكون شبهة الشبهة وهي ليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالنائب بالعبارة فبالا لحاق تثبت الشبهة لاشبهتها وعن الثاني بأن الذي لم تصحبه الباء بقاء فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه (أقول) في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا تحقق المجانسة بين البديلين الا بمجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطالب والثاني أن هذا الجواب ينافي الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه هو نفس المنفعة لانها التي تتأخر وتحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مر تباعلي الحقيقة والثاني مر تباعلي الحكم دون العكس تحكم بل احتمال لفساد العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيا للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما أمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلك طريقا آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجودا دون الآخر أو لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضا بحث لانه أن أراد بالمعقود عليه الذي رددته ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من التردد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس بأبي جواز ما لا انا جوزه له حاجة الناس اليه فأقنا الدار مثلا مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليه يرتبط الايجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قطوان أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من التردد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تحقق المجانسة بين البديلين كما عرفت فيما مر آنفا واعتراض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يجبه الزاعم على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بأن مثله موجود في مبادلة السكني بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتامل (أقول) هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكني بالزراعة مبادلة الشيء

(و) الثاني (أن الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة) كالركوب والبس والزراعة والسكنى (١٩٥) فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ

بالكالئ أجب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدین وان قيل انتفى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيما لم نصيبه الباه ثم اذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشرع أن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لانه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال (واذا كان الطعام بين رجلين الخ) واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جارا صاحبه على أن يحمل نصيبه فعمل الطعام كله نصيبه فلا أجر له يعني لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي رحمه الله المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام يعني الطعام المشترك أو عبدًا مشتركًا ليخطب الثياب

(قوله يعني الطعام المشترك) أقول وعندى لا حاجة في أتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركًا فإنه لو كان

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جارا صاحبه على أن يحمل نصيبه فعمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدًا مشتركًا ليخطب له الثياب بخنسه والذي يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على مثله ثم ان الامام الزبلي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فإنه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينقد ساعة فساعة على حسب حدودها على ما ينمى من القاعدة تقبل وجودها لا ينقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها التسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير محاصر الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهي استشكله ساقط أما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضا قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدین اذا الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح وأما وجه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الا أن نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معاولها الانعقاد وتأخر المعاول عن العمل الشرعية جائز على ما عرف فنعني انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لأن نفس العقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الامر واحدة وهذا كله مما تقر في صدر كتاب الاجارة تقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد فحين أن يتحقق نفس العقد وهو أن صدوره عن المتعاقدين تحقق التسيئة في المنافع قطعاً فيبطل العقد فيه اذا كان البدل ان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها التسيئة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى (أقول) الخصم أن يقول لان السلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة اذ لا يخفى أن كثير من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لمحصل حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكأنه أشير اليه في الكافي وغيره بأن يقال والحاجة لا تعم عند اتحاد الجنس وانما تعم عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لانتفاء الفضول انتهى تأمل تقف (قوله وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندى

للاستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي بل لا يعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك محل فليتأمل

ولنا أنه استأجره لعل لا وجود له لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع إذا حمل يقع على معين والشائع ليس معين فان قيل إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستئجار لعل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر أصلاً وفرق بين هذا وأجزاء المشاع فإنها أيضاً فاسدة عنده فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر على الوجه الذي أوجبه العقد فإذا استوفى المنفعة وجب الاجر وأما هنا فإنه متعذر أصلاً فلا يجب (١٩٦) (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان

البيع تصرف حكيم) أي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرعاً كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان ما من جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزءه الا وهو شريك فيه وكل من حمل شيئاً هو شريك فيه كان عاملاً لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجره على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل أن يقول لا يخفى من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه وغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حقيق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة

(قوله أجيب بأن حمل الكل حمل معين) أقول في هذا

ولنا أنه استأجره لعل لا وجود له لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكيم وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم

لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتر كافاً لو كان المستأجر خاصة بتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركاً كلام خال عن التحصيل لان لفظ الالتزام في قوله يتوجه الزام الشافعي أما أن يكون مضاعفاً لمفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهدة به من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام بما لا يخالفه فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرنا في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما نقرر عندنا وهذا يصير ذلك الزاماً علينا أيضاً وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع محلاً للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الالتزام علينا من الشافعي أصلاً * ثم أقول الظاهر عندى أيضاً أنه لا حاجة هنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركاً ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن المأذون بذلك القائل بل لان غشمية استهاد الشافعي ظاهراً بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدارين المستأجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استهاد الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجرى على الاطلاق يشهد بذلك كماله التأمل الصادق (قوله ولنا أنه استأجره لعل لا وجود له لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية إذا حمل يقع على معين والشائع ليس معين وقال فان قيل إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر أجيب بأن حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر وهو أن عدم كون الكل معقوداً عليه لا يجدي شيئاً في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن حمل الطعام واقع على معين قطعاً كان موجوداً وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد استلزم وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الاجر لحمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك أن عدم كون الكل معقوداً عليه لا يقيده شيئاً في دفع ذلك وانما يكون مفيداً لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بحمل الكل وليس فليس (قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال

الجواب تأمل فانه ظاهر ان النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فاذا حمل الكل كان هو محمولاً معه صاحب ويكون كاجارة المشاع فان اللازم هنا أيضاً تعذر التسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بأن هناك تسليم المعقود عليه متعذر) أقول هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ قال المصنف (ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر ما من قفيز أو ما من حصة لان الجزء ينطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجره على غيره) أقول والالزام العوض والمومن في شخص واحد

وهي تندفع بجمعه عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلّم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلا وجب عليه الاجر بخلاف الحمل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما هو وقوله (وبخلاف العبد) جواب عن قياسه على استئجار عبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك تلك منفعة نصيب صاحبه والمالك أمر حكيم يمكن إيقاعه في الشائع كافي البيع بخلاف الحمل لأنه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بإيقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة كالحمل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضا ولم يبين أنها للزراعة أو غيرها أو بين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالاجارة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع) (١٩٧) فيها يختلف فنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره كالذرة والارزقان ضررها

بها أكثر من ضرر الخنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول زفرلانه انعقد فاسدا فلا يتقاب جازا ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزرع في بعض المدة وعرف أنه ضارا وليس يضر فقد ارتفعت الجهالة المفصلة الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك الوقت كارتفاعها من حالة العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكيم يمكن إيقاعه في الشائع (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة) لان الأرض تستأجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها يختلف فنه ما يضر بالأرض ما يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما صاحب العناية ولقائل أن يقول لا يخالو من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والا لولا ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر يخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجمعه عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) في الجواب شيء وهو أن قوله وهي تندفع بجمعه عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتمام لانه انما تندفع بجمعه عاملا لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما أن للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جمعه عاملا لنفسه فقط لا تنقض حاجته بل انما تنقض حاجة المستأجر فقط والظاهر ان عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شمرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهي تندفع بجمعه عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر بوجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشيء اذا ذهب عليه ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كالايجتي (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكيم يمكن إيقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخصم على

وصار كما اذا استأجر الى الدياس مثلا ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكان اذا باع بشرط الخيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكان اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفرلانه يقر ببل ذلك أيضا ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق المبادئ لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرارا لانه ذكر في أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسهى ما يزرع فيه الا ان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله

(قوله وهي تندفع بجمعه عاملا لنفسه لحصول مقصود المستأجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والمالك أمر حكيم يمكن إيقاعه في الشائع كافي البيع) أقول الخطيئة أمر حسي كيف تتصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم) أقول العقد لا يتم بنقض الحاكم بل بنسخ من الاصل (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه) أقول في دلالته على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدوري الخ) أقول جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ

(فان زرعها ومضى الاجل قبل المسمى) وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهة الارتفاعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة (ومن استأجر جارا الى بعد ادبدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه)

فان زرعها ومضى الاجل قبل المسمى (ومن استأجر جارا الى بعد ادبدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر) لان حكم الفاسد انما يؤخذ من الجائز لا من الفاسد بنفسه لان مباشرة ما مورثه بقضه فلا بد وان يأخذ من الصحيح حكمه

قال المصنف (وفي القياس لا يجوز) أقول قال السكاكي أي لا يجوز العقد أي لا ينقلب جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفي شرح الشاهان أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى فتأمل أنت قال المصنف (وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال في النهاية بأن باع أو أجاز الى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفي شرح الشاهان والدياس انتهى

استأجر العبد المشترك لكن في ظاهره خفاء لان عقد الاجارة عليك المنافع بعوض على مامر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منافعه لان المنافع مما لا تقبل الشركة على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه في استأجر العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو عليك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقديرين في حل هذا المحل فقال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحل صح ابقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استأجر العبد المشترك ليخط له الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيرا مشتركا ولو يكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا كان العبد أجيرا وحد ذلك ليس بمقيس عليه ولا شك أن عمل الخياطة فعل حسي كالحل فينبغي ان لا يصح ابقاعه في الشائع كالحل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استأجر العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك تلك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كافي البيع بخلاف المحل لانه فعل حسي انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مسددا فرفقه على أن المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما هو في البسه اتمام المنفعة في قوله عليك منفعة نصيب صاحبه يتجه عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استأجر العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استأجره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة في استأجر العبد المشترك وتكون الملك مما يمكن ابقاعه في الشائع كما يشعر به قوله عليك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك أمر حكمي يمكن ابقاعه في الشائع كافي البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة عليك المنافع بعوض في كل فرد من أفراد الاجارة عليك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار ابقاع ملك المنفعة في المشاع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه بل بطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لا فاقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استأجر العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان وقوله وبخلاف العبد جواب عما فاس عليه فيما اذا استأجر عبد مشتركا كالحيط له الثياب يعني ان المستأجر للعبد المشترك تلك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا اه (أقول) مضمونه موافق لما في العناية فيه ما فيه فتأمل في التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل قبل المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعد ما قسد العقد للجهة لا يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب

لان العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وان كانت الاجرة فاسدة (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى) استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه) وفي المسئلة الاولى قبل أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد اذا الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اء كلامه (أقول) لامعنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكرنا من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد واما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديلا محالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من النامخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فيقلب جائزا) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني (أقول) لا يخفى على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم لا يتقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن يتم به وتمام الشيء من آثار بقائه واقتضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل و يرشد اليه قول صاحب الكافي في التعليل ولنا أن العقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فبرفع الفساد اه هذا وقال في النهاية ومعراج الدراية فان قبل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض بل وازان يكون ما زرعها مضر بالارض فتقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب الى الجواز بصدق شيء احتماله مفسدا للعقد ولان العقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينها ما صوناعن الاضرار بأحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قائم بهما فكذا يتعين العقود عليه ينبغي أن يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله وفي هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في تعيين العقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقدانتمى ما في النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء أحد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك واما اذا انفرد أحدهما به فلا يزول ذلك أصلا وهذا مما لا ستره بالكلام الفصيل أنه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر في الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يبقه الاشكال المذكور وراسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضى به أولا فلا اشكال المذكور واراد جد غير مندفع بالجواب المزبور قطعنا والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ضمان الاجير

لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صححها وفسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي ترتب على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية

(فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا كما مر في المسئلة الاولى) وهي قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فانه لما حل عليه ما يحمله الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فانقلب الى الجواز ووجب المسمى (وان اختصما قبل أن يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل أن يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد لانه قائم بعد سبحانه وتعالى أعلم)

باب ضمان الاجير

لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان

باب ضمان الاجير

(قوله شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان) أقول اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفعاله أو المراد وهي الضمان وجودا وعدمه

وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع اجير وهو على نوعين اجير مشترك واجير خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى قيل وتعرف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضاً تعرف دورى لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعارف موقوفة على معرفة المعارف وهو الدور اجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعارف وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعرف بالمفرد (٣٠٠) لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون

تعريفاً بالمثال وهو صحيح

قال (الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار)

فقال لما ذكر أنواع الاجارة الصحيحة والفسادة شرع في ضمان الاجير اه وكل من هذين التفريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لما ذكر أبواب عقود الاجارة صححها وفسادها ساقط النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اه ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان اه ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريره مما من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقوله ما هو الضمان انتهى فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولارب الضمان حكم واحد لا أحكام ولما نادى بعض الفضلاء هذه الشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة أفراد المراد وهي الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثاني ليس بوجيه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسير الاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فاعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجير فاعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤجرا يلزم أن يكون الاجير فاعيل لا بمعنى مفاعل لا بمعنى مفاعل فتأمل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فاعيل بمعنى فاعل لا يكون الامن الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعني به من المريد بديل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفاعيل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المريد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضى في شرح الكافية وقد جاء فاعيل مبالغة مفعول كقوله تعالى اذاب ابيهم مؤلم على رأى وقال وأما الفاعيل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للبالغة فلا يعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزي في المغرب وأما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في انه فاعيل بمعنى مفاعل اه وهذا كما صريح في خلاف ما زعم فكان لم يذوق شيأ من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعني ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء معنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجهها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة

قال المصنف (الاجراء على ضربين الخ) أقول من قيل تقسيم الكل الى أجزائه (قوله وهو على نوعين) أقول وانما قال وهو أى الاجير على نوعين لان الاجراء لو كانت على نوعين كان كل من المشترك والخاص كذلك ولزم تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره لكن الادم اذا دخلت الجمع ولا معهود انصرف الى الجنس هكذا قيل قوله كان كل من المشترك والخاص كذلك الخ ممنوع فان المقسم هو جميع الاجراء بحيث لا يخرج منه شيء لا ما يطلق عليه لفظ الاجراء مطلقا (قوله والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى) أقول بمعنى لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان لتقديم كل منهما على الآخر وجهها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه وأما الخاص فلانه بمنزلة

المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه (قوله واجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت خبير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استئجاره على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة قال المصنف (فالمشترك من لا يستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجير المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة

لكن قوله لان المعقود عليه بنا في ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصغر مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فن هذا الوجه يسمى مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به) ولا حفظ فاذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت بأجر (فانهم ما يقولون انما تصور المسئلة في حافظ الامتعة بأجر فذلك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده امانة بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والخريق الغالب وغير ذلك لانه لا تقصير من جهته ولا في حنيفة ان العين في يده امانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب) فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التحرز فوجب الضمان والغصب ليس كذلك اجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا) وذلك لان العقد وادعى العمل لكونه اجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لاقامة العمل فكان تبعا (ولهذا لا يقابله الاجر) واذا كان تبعا ثبت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (٣٠١) بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق

عليه مقصودا حتى يقابله الاجر) قال (وما تلف بعمله كخريق الثوب من دقته الخ) وما تلف بعمل الاجير المشترك كخريق الثوب من دقته وزلق الجمل وانقطاع الجمل الذي يشد به المكاري الجمل وغرق السفينة بفتح الراعي من مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصغر مستحقة لواحد فن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر) لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والخريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولا في حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لامقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وما تلف بعمله كخريق الثوب من دقته وزلق الجمل وانقطاع الجمل الذي يشد به المكاري الجمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعي رحمه الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الواحد ومعين القصار

ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه

(٣٦ - تمكمه سابع) ينظم الفعل بنوعيه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كالاجير الواحد ومعين القصار

قال المصنف (لان المعقود عليه انما هو العمل) أقول عندى فيه اشارة الى دفع السؤال بان التعريف بدورى فان عدم استحقاق الاجر حتى يعمل يكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندى أنه تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الآن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فلي تأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستلزامه التكرار قال المصنف (لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما) أقول قال الزيلعي وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى وفي النهاية روى عن عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن على رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما ولا لاجل اختلاف الصحابة اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا بقول الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقدر الامكان انتهى كلام صاحب النهاية قال ابن البرزقي معنى عمل في كل نصف يقول حيث حط النصف وأوجب النصف انتهى فكانه أراد بالصلح مجازة وهو الخط وفي فتاوى قاضيخان القدوى على قول أبي حنيفة رحمه الله

اختيار تقديم المشترك كالاختيافي وكان لابد منه الى هنا كلامه (أقول) ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس تمام أما أولا فلا ن معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونظما كما أشار اليه نفسه أيضا فيما قبل بقوله أو المراد وهي الضمان وجودا وعدمها أو الأي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات الضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلا اذ لضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص وأن لا يصح ذلك عندهما أيضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب فإذا كان معنى عنوان الباب ما يمين اثبات الضمان ونفيه كان نسبته الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك في المشترك وأما ثانيا فلا ن الطرفين اذا كانتا متساويتين لم يحتج هناك الى وجه ترجيح اختيار أحد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هناك نفس الاختيار لا غير كما أثرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما الحال ترجيح أحدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لابد منه مما لا يهتبه نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه أمر آخره غير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤلف عاقبته الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفا بالاجير المشترك لاحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو فلابد للتعريف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الآن هذا تعريف للختيافي عما هو أشهر منه في فهو المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) في الجواب خلل أما أولا فلا ن قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساد ولا يمكن اصلاحه فاما معنى قوله بعد ذلك الآن هذا تعريف للختيافي الخ وأما ثانيا فلا ن كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف أشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو بأنه هو الاجير المشترك وأما ثالثا فلا ن المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم محصورا هناك سبب استحقاق الاجير مطلقا للاجرة في معان ثلاثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث محتصا بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلا فاما اذا لم يشترط التعجيل ولم يعمل وهو ظاهر البطالان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكما عاما للاجير الخاص أيضا فكيف يصح أن يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا عما ذكره فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال قيل وتعرف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعرف دورى لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعارف موقوفة على معرفة المعارف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعارف اهـ (أقول) أصل الجواب في الجملة كما ترى

ولكن فيه أيضا خلل لانه ان أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكره هناك بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر أننا من أن ذلك حكم عام للاجبر الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجبر المشترك بذلك وان أراد به ما ذكره هناك بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشاء غيره بقوله في تقريره هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريف المطلق الاجبر المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استوجره على العمل أو أثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لان تعريف الاجبر المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القسودوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضا ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المزبور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يرد ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذ لم يذكر معه شيئا يحصل به معرفته فاما ان تحتاج معرفته الى معرفة الاجبر المشترك الذي هو المعروف فيسأل الدور أولا تحتاج اليها بل حصلت عما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم عام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهرا قوله فاشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجبر المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التجهيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجبرا مع قطع النظر عن الامور الخارجة انتهى (أقول) انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الاجبر الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل أصلا على ما سيجي فلا انتقاض بذلك أصلا لأن الاجبر المشترك اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التجهيل يلزمه ردها على المستأجر وكان الامام الزليحي تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجبر المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والعصار جاز أن يكون تعريفه بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه يناه في ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظرا والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تقصر مصحقة لواحد بيان المناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجبر المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله في هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندى انه يعني قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله تبطل المساواة وهذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليستأمل الى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف

ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى اثر
وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ما ذو نافية بخلاف المعين
لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده
ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره فكان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته
ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل
للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء الشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل في
التعليل غير محتمل لغير بيان مناسبة التسمية فالقوله ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف
ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليل لما ذهب اليه ذلك القائل
على ما قرره ذلك القائل لما صح تقرير المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار
ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل أن تكون قضية عند المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب
أن هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا بضافه
صح تقريره قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجير الخاص أيضا
للعامة وليس كذلك قطعاً (قوله ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح
لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد
ما ذو نافية) أقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان
كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخيير بين الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون
الصور الثلاث الباقية منها اذ قد مر في أواخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين
كالقصار والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله
حق الحبس لاستيفاء البذل كافي البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يجبس العين للاجر كالحال والملاح لان
المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقصد تلخيص منه أن العمل
على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحال والملاح
وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني
نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاث فيما نحن فيه من مسائل الحال والملاح واذا لم يكن
لعمل الصانع فيما أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر
هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل
بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضاً في الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع
أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمصلحة
في محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر هناك أيضاً فكان التعليل
خاصاً بالدعوى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب السكا في حيث قال لان الداخل تحت الاذن
ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمن العقد والعقد انعقد على التسليم
لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود
عليه العمل السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ما ذو نافية كالموصف نوعاً من الدق فجاء
بنوع آخر اه (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما
نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية ولم يتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع
فيما يحصل به المضره لغير من تبرع له اه وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

(قوله لانه هو الوسيلة الى
الاثر الحاصل في العين من
فعله الذي هو المعقود
عليه) أقول قوله الذي
صفة الاثر (قوله لانه يمتنع
عن التبرع وفيما نحن فيه
يعمل بالاجر فأمكن تقييده
وللمتزم أن يلتزم جواز
الامتناع عن التبرع فيما
يحصل به المضره لغير من
تبرع له)

ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم وبخلاف الاجير الواحد على ما نذ كره وقوله (وانقطاع الحبل)
جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره (٣٠٥) من جملة ما تلف بعمله فانه (من قلة اهتمامه

فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم من غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود ومن استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فأنكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي أنكسر وأعطاه الاجر بحسابه) (وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان كانت تباع هناك) (أما الضمان فلما قلنا) انه أجبر مشترك وقد تلف المتاع بصنعه كافي تخريق الثوب بالدق (فان السقوط بالعنار في الطريق أو بانقطاع الحبل وقد تقدم ان كل ذلك من صنيعه) ولم يدخل تحت العقد (وأما الخيار) مع أن القياس يقتضي أن لا يخير عند أبي حنيفة بل يضمنه قيمته في المكان الذي

وبخلاف أجبر الواحد على ما نذ كره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بني آدم من غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الآدمي وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمل العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فأنكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي أنكسر وأعطاه الاجر بحسابه) (أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعنار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يبعد شيئا لأن صاحب العناية لم يتفكر في الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة بلغير من تبرع له بل أراد منع بطول ذلك الا لازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لا يمتنع عن التبرع بياناً لحكمة عدم التضمن أيضا فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ هو التضمنين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضا كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضررا للغير من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخرة وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير إذنه وتبرع بالعمل للاجبر فتلّف بعمله ملك المستأجر فليتنامل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لمقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالنسب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلا متافيا اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلا متافيا اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عندنا الثلاثة ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئا كما مر ووجه التعدى فيما نحن فيه على

انكسر لأن المال عنده أمانة في يد الاجير المشترك واذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه

أقول الحكم بدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الأيمان فقوله لا يمتنع الخ بيان لحكمة عدم التضمن (قوله وهي لا تقتضي السلامة) أقول قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل

(فلانه اذا انكسر في الطريق والحل شي واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار أي الجهتين شيأ فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذا قصد الفساد أو بزرغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عبط من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزرغ الخ) وانما أعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويقيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الجملة بأمر المولى والهلاك ويقيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل والتعريض عنها غير ممكن لانه أي السراية يبقى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الأثم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير متصور فلم يمكن التقييد بالمصلحة من العمل لثلاث بقاعد الناس عنه مع مسامحة الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالحق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتعريض عنه (٢٠٦) ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتماع فأمكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من

رواية الكنايين أن الجماع اذا ججم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت أجيب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان اختلفا اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فعليه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا مخالف لجميع مسائل الديات فانه كلما ازداد أثر جنابته انتقض ضمانه أجيب بأن محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقصد برئ بدله يبدل النفس كما في قطع

فلانه اذا انكسر في الطريق والحل شي واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (واذا قصد الفساد أو بزرغ البراغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عبط من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزرغ الخ) فنفقت أو ججم عبيد بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التعريض عن السراية لانه يبقى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الأثم فلا يمكن التقييد بالمصلحة من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه بما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتماع فأمكن القول بالتقييد

ما فهم من الدليل المذكور من قبل أنتمناه ومخالفة الاجير لاذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المعلوم وسيجي من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الاتية وهو نظير ما نحن فيه في الاحكام (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وحجامة العبد بأمر المولى حتى انه اذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما مذكورا في الاخرى كذا في النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما ساكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما ساكت عنه رواية المختصر فيستفاد مجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اهـ وأما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن

اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعليين أحدهما ما أذن فيه وهو قطع الجملدة والاخر غير ما أذن فيه الموضع وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى لان قطع الحشفة أشد افضاء الى التلف من قطع الجملدة لا محالة فكان كقطع البدن حرز الرقبة أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع اتلافا وان لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هذا دراجل خلاف الحرز فانه لا يحتمل أن لا يقع اتلافا

(قوله فلانه اذا انكسر في الطريق الخ) أقول لتعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما في الجامع الى قوله والهلاك) أقول فيه بحث (قوله ويقيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن) أقول لان التخصيص بالذكري الروايات يقيدني الحكم عما عداه (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن) أقول لا يحنى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يبقى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونها في تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدما تبني (قوله حتى ان اختلفا اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفي هذه التفريق كلام ثم قوله الحشفة بالحاء المهملة

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط (٢٠٨) واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال

باب الاجارة على أحد الشرطين

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جازواى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة به) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصف فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خير بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهر الخمسة أو هذه الدار الاخرى عشرة وكذا اذا خير بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا خير بين ثلاثة أشياء وان خير بين أربعة أشياء لم يحز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجرا عما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا بآبائات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خطه اليوم فله درهم وان خطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم

ياخذ الا ما يقدر على حفظه كذا في العناية أخذ من السكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالثمان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لا يصح الاجراء في الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جدا اذا الظاهر أن ما ذكرهنا حكمة حكمها بثمان الاجرة المشتركة وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلا على أنه لو كان ما ذكرهنا أيضا دليلا لا حكمة لم يلزم محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكرهنا وما ذكرهنا وما ذكرهنا ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذلك معادليا على الحكم

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا بآبائات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكرنا وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسليمه اذا المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الاخر فيتحقق النزاع فينبغي أن لا يصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذلك الاستشكل في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بأن يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا بآبائات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا يجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى آبائات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكرنا وفي الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تقضى الى النزاع في تسليم العين وتسليمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو واستأجر الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسليمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يبعد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليست

(واذا قال للخياط الخ) اذا قال رجل للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان جاز بالاتفاق وأى العملين عمل استحق الاجر المسمى له وكذلك اذا كان بين ثلاثة أشياء اما اذا كان بين أربعة أشياء فلم يحز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا بآبائات الخيار واذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الاول جاز والثاني فاسد فان خطه اليوم فله درهم وان خطه غدا فله أجر مثله

باب الاجارة على أحد الشرطين

(قوله اذا قال رجل للخياط ان حطت هذا الثوب) أقول فان قيل أليس هذا تعليقا والاجارة لا تقبله قلنا

ليس هذا تعليقا للعقد الاجارة بأمر آخر كأن يقول ان جاء زيد فقد آجرتك دارى هكذا وهو الذى لا يقبله العقد أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول بمعنى خيار التعيين في

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان في أي ما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قبول بديلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره ان ذكر اليوم للتججيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتججيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكروا الغد لترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان لترفيهه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان لترفيهه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتججيل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بديلين على البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهم ما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقة اليوم للتوقيت لانه حقيقة فمكان قوله ان خطه اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فيما نقضه اليوم لا يبق العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكروا الغد للتعلق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت المستقبل فتكون مرادة اكونها حقيقة وانا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان

(٢٠٩)

غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما

تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بديلين على البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم ولهم ما أن ذكر اليوم للتوقيت لانه حقيقة اليوم للتوقيت لانه حقيقة فمكان قوله ان خطه اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فيما نقضه اليوم لا يبق العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكروا الغد للتعلق أي للاضافة لان الاجارة لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت المستقبل فتكون مرادة اكونها حقيقة وانا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل يوم تسميتان (قوله ولان

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان) قال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتججيل وذكروا الغد لترفيهه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهم ما أن ذكر اليوم للتوقيت وذكروا الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التججيل والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين

في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتججيل وذكروا الغد لترفيهه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتججيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتججيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكروا الغد لترفيهه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان لترفيهه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان لترفيهه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتججيل فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد بديلين على سبيل البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العنايه بعد ذلك البيان والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى (أقول) فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد في أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الأئمة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله ولهم ما أن ذكر اليوم للتوقيت وذكروا الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية توفيه كلام وهو أن الاماين جعل اليوم في مسئلة أن يستأجر اجتزله اليوم كذا بتكيد التججيل هر باعن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا انتهى (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الاماين انما جعل اليوم ههنا على التوقيت لكون

(٢٧ - تكمله سابق)

التججيل والتأخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التججيل لبعض أغراضه في اليوم من التحمل والبيع بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالنوعين من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعرض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول أنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شيء بل حقيقة التعليق لمكان ان وجوبه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول ان بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التججيل) أقول لا يقال هذا مخالف لما قاله أنفا من أن ذكر اليوم للتوقيت لانه ليس معنى كلامه أن التججيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتأمل ويجوز أن يحمل الكلام على الالزام

(ولابى حنيفة أن ذكر الغد لتعليق حقيقة) أى للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد لتعليق أى لتعليق الحظ بالتأخير وهو يقبل التأخير وإذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز المصير الى المجاز وإذا كان للاضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم (ولا يمكن حمل اليوم على حقيقة التي هي التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل) فاننا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا وإذا نظرنا الى ذكر (٣١٠) اليوم كان أجير وحدهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب

عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المسدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي اللزومات

قال المصنف (ولابى حنيفة ان ذكر الغد لتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت) أقول قبل اذا تأملت في كلام الهداية أعني قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل نظرك ضعف ما ذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية جعل منابا امتناع حمل اليوم على حقيقة مع أنه عني التوقيت لزوم فساد العقد ومنه به هم أنه حمل على مجاز له هذا المناب اذ القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة في صورة تعين المجاز كافية في الحمل على المجاز على ما عرفتم لو جعل المناب من أول الامر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه زاده

ولابى حنيفة أن ذكر الغد لتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل

التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعل اليوم في مسألة الخبر للتجمل لتحقيق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو يصح العقدان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما يمكن هناك يجعل اليوم للتجمل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما واقدا أفصح عما ذكرنا نأج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خبر الخاتم للتجمل فما هو مالم يجعلنا كذلك هنا قلت هناك لا على المجاز تصحيح العقد وهو هنا جعل على الحقيقة للتصحيح أيضا اذ لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه (قوله ولابى حنيفة ان ذكر الغد لتعليق حقيقة) ومراده بالتعليق الاضافة أى للاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل فتكون مرادة كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم وهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغد لتعليق أى لتعليق الحظ بالتأخير وهو يقبل التأخير الى هنا كلامه (أقول) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد مجرد تعليق حط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول وبفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد التسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجوز ذلك المعنى هنا فسادا لدليل أبى حنيفة بل لم دعاهم أيضا فكانه انما أغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد لتعليق أثناء تقرير دليل الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال أو نقول المراد به تعليق حط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن أن تجوز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذور استلزمه تجوز أثناء تقرير دليل أبى حنيفة فانهم ما يقولون لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجوز ذلك بخلاف قول أبى حنيفة كما عرفت (قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل) فاننا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا وإذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحدهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المسدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي

في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى آخر وهو دليل أن اليوم للتجمل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير رية اللزومات ولكن على ما ذكره في الهداية الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد فقامل وفي كتاب الصرف في مسألة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصاً في شرح ابن الهمام (قوله لان التسمية الاولى باقية وانما هو لفظ النصف الآخر الخ) أقول فتأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد (قوله وهو يقبل التأخير) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى لكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة القمار على ما عرفت

ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التجهيل (وحيثما تجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجرة المثل) ولقائل أن يقول في جعل اليوم للتجهيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان تحكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمينات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسألة الخاتيم (٢١١) فإنه جعل فيه ذكر اليوم للتأقيت وأفسد

العقد وهما للتجهيل وصحة وأجيب بما ذكرنا أن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك اذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن فيه فان الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فنعنا ذلك عن الحمل عليه وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير بخلاف حالة الانفراد فإنه لا دليل على المجاز فكان التأقيت مراد افسد العقد ورد بأن دليل المجاز قائم به وهو تصحيح العقد على تقدير التجهيل فيكون مراد انظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس موجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال وعمما ذكرنا علم أن قياس زفير حالة الاجتماع بجالة الانفراد فاسد لوجود الفارق واذا وجب أجر المثل فنقد اختلفت الرواية عن أبي حنيفة اذا خاطه في اليوم الثاني روى عنه أنه في اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني قال القدوري رحمه الله هي الصحيحة

واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجرة المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني

المزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت الى المجاز الذي هو التجهيل كذا في العناية وغيرها (أقول) يشكل هذا بمسألة الراعي فإنه يجتمع فيها العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحتمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر الاجير أجيرا مشتر كان وقع ذكر العمل أولا وأجبر وحدان وقع ذكر المدة أولا ولاحظ بذلك في عامة المعتريات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل على قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه جعل ذكر اليوم للتجهيل هنا حتى أجاز العقد وفي مسألة الخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فأفسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيجعل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يبق مثل هذا الدليل عنه فكان التوقيت مراد افسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤال الجواب فيلخصهما صاحب العناية فقال بعد ذلك الاشكال والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم به وهو تصحيح العقد على تقدير التجهيل فيكون مراد انظر الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس موجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى (أقول) يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسألة أخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك قال محمد في الامالي ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد التسمية فيه فوجب أجر المثل انتهى لفظ المحيط فان أبا حنيفة رحمه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة كما أفسده في حالة الانفراد مع أنه لم يبق فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك أن قوله ان خطته غدا فلا أجر لك لا يكون دليلا على عدم ارادته ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفي الاجر بالكسبة في الغد واذا كان التوقيت مراد ابد ذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسألة الخاتيم جدا على قول أبي حنيفة فليستأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم على التجهيل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر فانه يتدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل انتهى (أقول) لا يتوجه هذا الاستشكل رأسا اذ لا نسلم أن أبا حنيفة جعل ذكر اليوم على التجهيل في الصورة المذكورة بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضا من أن الجمع بين ذكر الوقت و ذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد وانى تتبعت

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير) أقول ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما اذا قيل خطه اليوم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم على التجهيل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر فانه يتدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل على المجاز) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

(وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى) واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه قال (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حداد فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهمين وان سكنت فيه حداد فبدرهمين (٣١٢) ولو استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان حل عليها كرشعير فبدرهم وان حل عليها كرشعير فبدرهمين

وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم في الشهر وان سكنته حداد فبدرهمين جازواي الامر بنفعه لاسحق الاجر المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالوا لا اجارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على أنه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حداد فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على أنه ان حل عليها كرشعير فبدرهم وان حل عليها كرشعير فبدرهمين فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالوا لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الاجر أحد الشئيين وهو مجهول والجهالة توجب القسامة بخلاف الخطأ الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعند ترفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخمين والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولاي حنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين فيصمح كافي مسألة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه بخلاف اسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها والاجارة تعقد لان ارتفاع وعند ترفع الجهالة عامة المعقودات ولم أحد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المزبورة عند أبي حنيفة بل وجدت في بعض منها التصريح بعدم صحة العقد في تلك الصورة فان الامام الزاهد في شرحه لمختصر القنوري نقلا عن شرح الاقطع ولو قال خط هذا النوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه أنه المدة أو العمل انتهى نعم قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في اثنا عشر ديسل زفر في المسئلة التي نحن بصددھا توضيحاً بقوله ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيف ولهذا لو أورد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيف حتى لو خاطبه في الغد استحق الاجر فيكذاهنا انتهى لكن الظاهر ان ذلك القياس المذكور في دليل زفر انما ينشأ من جهة على الامام فانهم ما يوقون بالتعجيل حالة الافراد لا على أبي حنيفة رحمه الله فتدبر (قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان) أقول فيه نظراً قد تقرر في أول باب الاجارة الفاسدة ان التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان أصلاً بل يجب أجر المثل وان نقص عن المسمى فباعتني أن تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وههنا لا تخالفنا تقرر (قوله أما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخمين والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما) قال صاحب التسهيل يرد على أصلهما مسألة التخيير بين مسافتين ولاي حنيفة أنه خير بين عقدين صحيحين مختلفين فيصمح كافي مسألة الرومية والفارسية وهذا أي كونهما مختلفين مختلفين لان سكناه بنفسه بخلاف اسكانه الحداد ألا ترى أنه أي اسكانه الحداد لا يدخل في مطلق العقد وكذا في أخواتها (قوله والاجارة جواب) عن قوله يجب الاجر بالتخمين الخ وتقريره ان الاجارة (تعقد لان ارتفاع وعند ترفع الجهالة) أما ترك الارتفاع مع التمكن فنادراً لمعتبر به

عليها كرشعير فبدرهم
فذلك كله جائز عند أبي حنيفة
خلافهما وان استأجرها الى
الحيرة بدرهم فان جاوزها الى
القادسية فبدرهمين فهو
جائز ويحتمل الخلاف وانما قال
ذلك لان هذه المسئلة ذكرت
في الجامع الصغير مطلقاً
فيحتمل أن يكون هذا قول
الكل ويحتمل أن يكون قول
أبي حنيفة خاصة كافي نظائرها
وجه قولهما أن المعقود عليه
أحد الشئيين وكذلك الاجر
أحد الشئيين وهو مجهول
والجهالة الواحدة توجب
القسامة فكيف الجهالتان فان
قيل مسألة الخطأ الرومية
والفارسية فيها جهالة المعقود
عليه فكانت صحيحة أجاب
بقوله بخلاف الخطأ الرومية
والفارسية لان الاجر منه يجب
بالعمل وعند ترفع الجهالة أما
في هذه المسائل فالاجر يجب
بالتخمين في الدار والدكان
والتسليم في العبد فتبقى الجهالة
وهذا الحرف أي قوله يجب
الاجر بالتخمين والتسليم فتبقى
الجهالة هو الاصل عندهما

(قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجر المثل بالغام بالغ للفرق الظاهر بين الجهالتين فان ههنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم في العبد) أقول فيه شيء وكان الظاهر أن يقال والتسليم في الدابة

ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة معه عندهما مع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا لا عند زفر انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الاجر وان وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل لأنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لابد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بأنه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففي مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تلك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به) يعني ولو احتج الى الإيجاب الاجر بمجرد التسليم والتخلية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة الى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين للذين يميأ في العقد للتيقن به (أقول) القائل أن يقول لو جاز الأخذ بالأقل في دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البدل كأن قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم ويجب أقل الاجرين للذين ممأهما ولم يقل به أحد فتأمل في الدفع والله الموفق

باب اجارة العبد

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحرم شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد اذا العبد منخط الدرجة عن الحر فانخط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة وأخذ كرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما لا يحل من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منخط الدرجة عن الحر فانخط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استئجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر هنا استئجار الرقيق لا اختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب باب اجارة العبد كما ترجم في الاصل باب اجارة الرقيق لاخدمة وغيرها وظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منخط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصريفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستئجار العبد لانه لم يوجد منه تصريف أصلا في عقد الاجارة لا اصاله ولا نيابة بل هو محل التصريف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن التنويع المسائل الى هنا كلامه (أقول) في الوجه الذي لاح له نظر لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لا عامة الجنس ألا يرى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحدو ذهنه من النظر فقد قصد

(ولو احتج الى الإيجاب الاجر بمجرد التسليم) بأن يسلم العين المستأجرة ولم ينتفع به حتى يعلم المنفعة (يجب أقل الاجرين للتيقن به)

باب اجارة العبد

تأخير ذكر اجارة العبد عن اجارة الحر لا يحتاج الى بيان لظهور وجهه بالخطاط درجته

باب اجارة العبد

(قوله تأخير ذكر اجارة العبد) أقول أي نفسه واجارة الغسيراياه ذكرت استطرادا وقد يقدم في الذكرا ما ذكر استطرادا كما بقي في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل

(ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السـفـر تشمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافعه كاللوى وللوى أن يسافر بعبده فكذلك المستأجر واجب بأن المولى انما يسافر بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك (٣١٤) ونقض عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن

يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاستأجر بعد انتهاء العقد

قال (ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أى نفسه وقال واجارة الغير اياه كرت استطرادا وقد يقدم في الذ كر ما يد كر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلا لأن الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهى كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع بحى هذه الكلمة مصادرا قط وانما المصدر من الثلاثى الاجر ومن المزيد عليه الياججار والمؤاجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بأن الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلا لأن المذ كور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بياججار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بياججار الغير اياه فعمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه كرت استطرادا مما لا يقبل له فطرة سليمة * ثم أقول في دفع ما أورده صاحب العنابة من النظر ان الخطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شك ان في كل من تلك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذى اختاره وبالرفق مسائل خاصة تتعلق بهذا كرهاني باب على حدة ولا ريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لخطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه آخر الاحكام التى تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لخطاط درجته العبد عن الحر وجها جاريما في الصورتين معاشاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستخبار العبد الخ اذ مداره على أن لا يجرى الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادى عليه تعليله ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملازمة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شئ تأمل ترشد (قوله) ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملك منافعه ينزل منزله المولى في منافع عبده وللوى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبته أجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب عن ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعى أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاستأجر بعد انتهاء العقد

(قوله واعترض بأن (المستأجر) أقول معارضته (قوله) وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاستأجر بعد انتهاء العقد) أقول في الفصل الحادى عشر من المحيط البرهاني واذا استأجر عبدا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكانا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به ضمن هكذا ذكر محمد المسئلة في اجارات الاصل وذ كر في صلح الاصل ان من ادعى دارا وصالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة ان له أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الأئمة الحساوانى في شرح كتاب الصلح لم يرد بقوله يخرج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله في القرى وأقنية البلد قال وهذا كما قلنا في باب الاجارة من استأجر

عبد الخدمه فليس له أن يسافر به وله أن يخرج الى أهله وأقنية البلد وكان الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسى يفرق بين مسألة الاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسئلة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة وحكى عن الفقيه أبى اسحق الحافظ أنه كان يقول لارواية عن محمد في فصل الاجارة فلما قل أن يقول للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح ولما قل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الاجارة في اجارات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع في مسئلة الصلح فتأمل

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بعبده يلزم المؤجر مالم يلزمه من مؤنة الرد ورجاءه
على الاجرة وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعي عليه فالمدعي بالخارج الى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان
العمل احتاج الى أن يضم الى عتقه وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال
لانسلم أن المستأجر في منافع العبد كالولي فان المولى له المنفعة على (٣١٥) الاطلاق زماناً ومكاناً ونوعاً وليس

المستأجر كذلك بل يملكها
بعقد ضروري يتقيد
بزمان ومكان فيجوز أن
يتقيد بمالم يتقيد به المولى
والعرف يوجبه أو دفع
ضرر مؤنة الرد على
ما ذكرنا يوجب (ولهذا
جعل السفر عذراً) يعني اذا
استأجر غلاماً لخدمته في
المصر ثم أراد المستأجر
السفر فهو عذر في قسح
الاجارة لانه لا يتمكن من
المسافرة بالعبد لما ذكرنا
ولو منع من السفر تضرر
فكان عذراً في قسح به
الاجارة (قوله فلا بد من
اشتراطه) متعلق بقوله
فلا ينظمها الاطلاق
(ولان التفاوت بين
الخدمتين ظاهر) فصار
كالاختلاف باختلاف
المتعلمين (فاذا عينت
الخدمة في الخضر عرفا
لا يبقى غيرها خلافاً كما في
الركوب) فانه اذا استأجر
دابة ليركب بنفسه ليس له
أن يركب غيره للتفاوت بين
ركوب الراكبين فكذلك
ههنا

ولهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين
ظاهر فاذا عينت الخدمة في الخضر لا يبقى غيره خلافاً كما في الركوب

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقرر حقه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم
المؤجر مالم يلزمه من مؤنة الرد ورجاءه على الاجرة وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعي عليه
فالمدعي بالخارج الى السفر يلزم مؤنة الرد له ذلك كذا في العناية أخذنا من النهاية (أقول) لقائل
أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدّر المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض
به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترب الضرر على المؤجر
بالزامه اياه مالم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة
مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقاً ما لم يشترط ذلك فنامل وطعن
صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان العمل احتاج الى أن
يضم الى عتقه وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيداً وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل
الصواب أن يقال لانسلم ان المستأجر في منافع العبد كالولي فان المولى له المنفعة على الاطلاق
زماناً ومكاناً ونوعاً وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان فيجوز أن
يتقيد بمالم يتقيد به المولى والعرف يوجبه أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا يوجب انتهى كلامه
(أقول) فيما استصوبه نظر لانه ينتقض بمسألة الصلح اذا اشترط ان المصالح أيضاً لايملك منافع العبد
على الاطلاق كالولي بل هو أيضاً ان يملكها بعقد ضروري هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد
بخلاف المستأجر فيحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فاذا عينت الخدمة في
الخضر لا يبقى غيره خلافاً كما في الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً
انتهى (أقول) الفرق بينهما ان مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد راساً
بناء على انصرف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الخضر ومدار الثاني على ان كل
واحدة من خدمتي السفر والخضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الخضر
تعينت بقريئة حال خضر العاقد ومكان العقد فبعد تعيينها لا يبقى المحال للآخرى كما في الركوب فانه اذا
أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره يتعين هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبته أو لا لتعيينه
للكوب فكذلك ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط
والذخيرة في تعليل هذه المسألة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى
المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد
ورجاءه بذلك على الآخر فيتعين موضع العقد مكاناً لا استيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة

(قوله لان المنفعة في النقل

كانت له) أقول يعني كانت للاجير (قوله وأما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعي عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه
وأشبهها لما أنه ليس عقد أبرأه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعي عليه والافا الفرق والجواب أن
الفرق واضح فان المدعي عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيء والتفصيل في النهاية (قوله ويلزمه) أقول أي يلزم الاتجر (قوله وليس
المستأجر كذلك) أقول والمصالح أيضاً ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهراً

(ومن استأجر عبد المحجور عليه شهرا) فاعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترد منه الاجر استحسانا وفي القياس له ذلك لانه يقتضى أن لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر (فيصير المستأجر غاصبا بالاستعمال ولا أجر على الغاصب) فصار كما اذا هلك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالنصب والاجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما صار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترد منه) قال (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجرا كله لم يضمن عند أي خيفة وقالاهو ضامن لانه كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت (٢١٦) على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمحجور مأذون في المنافع ولا يبي خيفة

أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرزلان تقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب إذ العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك أو يد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قبل الغاصب اذا استملك ولد الموصوبة ضمنه ولا احراز فيه أجيب بأنه تابع للام لكونه جزءا منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد في قولهم جميعا لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذونا له وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض

(ومن استأجر عبد المحجور عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) وأصله أن الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما صار على اعتبار الهلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجرا كله فلا ضمان عليه عند أي خيفة وقالاهو ضامن) لانه كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرزلان تقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده (وان وجد المولى الاجر قائما بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهر اباربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما اباربعة) لان الشهر المذكور لا ينصرف الى ما يلي العقد يحجز الجواز وتنتهي الحاجة

انتهى (قوله ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا فاعمل فأعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله فعمل واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استأجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فنقد كرفيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذك الوقت أجيرا خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير أن الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا لخدمة أو لرعي الغنم فماعنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه اياه من الاجر الا انه لم يذك هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادافا فان قلت من زاد قيد العمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح الا لاتحاد بينهما والاستلزام فان العمل بوجوده دون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس بوجوده دون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فواجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور لا ينصرف الى ما يلي العقد تحجز الجواز وتنتهي الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت

وفائده تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب هذا نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد (ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهر اباربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والشهر الاول منهما اباربعة لانه المذكور اول ولا ينصرف الى ما يلي العقد تحجز الجواز) وذلك لانه لما قال شهر اباربعة على سبيل التذكير كان محجولا والاجارة تفسد بالجهالة فصرقناه الى ما يلي العقد تحجز الجواز كما لو قال استأجرتم هذا العبد شهرا وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد (أو نظر الى تنجز الحاجة)

(قوله أجيب بأنه تابع للام بكونه جزءا منها وهي محرزة) أقول لا يقال هذا بخلاف لما قاله الا أن من أن العبد لا يحجز نفسه لان عدم احرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزا في حق المالك

فإن الإنسان انما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه الى ذلك والظاهر وقوعها عند العقد وانصرف الاول الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر امحجولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه العهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان الموقوف اجر قال أجرت عبدى هذا شهرين شهر اربعة وشهرا بخمسة فقال المستأجر استأجرته هذين الشهرين شهر اربعة وشهرا بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم الخ) ظاهر خلاقه فية حج بحكم الحال فانه استحقال بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناءهض (٣١٧) لان المصنف أشار الى دفعه بقوله

فيمصرف الثاني الى مايلي الاول ضرورية (ومن استأجر عبدا شهر ابدوهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو أبق أو مرض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذه فله وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جاءه وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لانهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجعا ان لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في حرر ان ماء الطاحونة وانقطاعه

(٢٨ - تكملة سابع) بأن المذكور أقول المجيب هو الامام جليل الدين الضرير في حواشيه على الهداية ثم

باب الاختلاف في الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباه وقال الخياط بل قبصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب) لأن الاذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته لكن بخلاف لأنه أنكر شيئا أو أقرب له لزمه قال (واذا حلف فالخياط ضامن) ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه

على الاطلاق فيلزم تخصيص مسألة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه * ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة بخلاف المأوقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف لفظ الشهرين بل تنكير ذلك وتعريفه بيان عند تنكير شهر في شهرا بأربعة وشهرا بخمسة لما بيناه في رد الشبهة آنفا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما اذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالنكير وانما ذكر المصنف معر فأنظر الى تعينه الما الى حيث ينصرف الى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا اذ لا يذهب علينا أن قوله شهرا بأربعة وشهرا بخمسة من كلام المستأجر وأنه تفصيل للشهرين فالويل يمكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل * ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبدا بل هو متمش في صورة أن كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذلك هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب أن يذكر فيه ماله اختصاصا بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشترك بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبني الامر على الأكثر اذ لا نسلم ان ذلك أكثر بل الظاهر أن كون الاجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه الى الاجرة لتفاسد نفسه وعياله وأيضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر مسائل الاجير أيضا في هذا الباب والله الموفق للصواب

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع اذا اختلف انما يكون بعارض (قوله واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع الى خياط ثوبا ليخطه قباه فخطه قباه كذا في الشروح واعترض بأن المتعاقدين كانا هناك متفقين على أن المأمور به خياطة القبيص والاجير خاف فخط قباه وههنا قد اختلفا في أصل المأمور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب وأجيب بأنه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الاخر اعتبارا فكنا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقد بد بعض الفضلاء أن يجب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا بطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلا تسامح اذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقرررا عند ما يجب الضمان قطعا وأما اذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير

باب الاختلاف في الاجارة

لما فرغ من ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الأصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لأن الاختلاف انما يكون لعارض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع العمل - قود عليه كالقباه والقبص في الخياطة أو الحجرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا راجعهم الله لأنه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا اذا أنكر صفته لكن بعد اليمين لأنه أنكر ما لو أقرب له لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه

باب الاختلاف في الاجارة

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول في الشرح الشاهاني أي لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما هو قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا لخطيطه فبصارهم فخططه فبها واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدين على المأمور به والاجير مخالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بأنها مثلها انتفاء الانتفاء لانه ذكر هذا الحكم هنا بعد عين صاحب الثوب ولما خلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الا اعتبارا فكاننا في الحكم في الانتفاء سواء ذكر في بعض نسخ القدرى بضمينه أي يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية والثانية أعني قوله بضمينه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو الاصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ منزلة الخمر والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتركا للصباغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب وجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول (٢١٩) لصاحب الثوب عند أبي حنيفة

لانه ينكر تقوم عمله لان تقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يقاله أي خليطاً له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهم بأجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما بأجر بعين جهة الطلب بأجر جرياً على مقتادهما وقال محمدان كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتباراً للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لانه منكر وما ذكره من الاستحسان مدفوع

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يجزى في مثله الصبغ اذا خلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ بضمينه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يقاله) أي خليطاً له (فله الاجر والا فلا) لان سبق ما بينهما ما يعين جهة الطلب بأجر جرياً على مقتادهما (وقال محمدان كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله) لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتباراً للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهم ما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

باب فسخ الاجارة

ففي وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أي الضمان اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا وأما ثانياً فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما هو من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه فإمعن قوله مع أن التشبيه غير القياس فههنا لا يفرق هنا (قوله والجواب عن استحسانهم ما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق) يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لا الى الدفع والظاهر انما يكون جهة الدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستحسان فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الآحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا الظاهر جهة للاستحقاق ممنوع وأما إخبار الآحاد فبعضل عما نحن فيه فانهم من الأدلة اللفظية الظنية فوجب العمل دون العلم عند الجمهور على ما عرف في الأصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

باب فسخ الاجارة

بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

باب فسخ الاجارة

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذا فسخ بعقب العقد لا محالة

(قوله واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدين الخ) أقول ولك أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا فبالطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل المستثنين ما سيجي في الغصب من رعاية حق الجانيين قال المصنف (وقال محمدان كان الصانع معروفاً بالخ) أقول قال الزبلي والفتوى على قول محمد انتهى وما في النهاية والكفاية وغاية البيان قال شيخ الاسلام وعليه الفتوى وما في شرح الشاهان والفتوى على قول محمد انتهى ذكره جدي الشيخ الامام المحبوبي سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكره من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستحسان فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الآحاد

باب فسخ الاجارة

قال (ومن استأجر داراً) ففسخ الاجارة لعيب يضر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافاً للشافعي فاذا استأجر داراً (فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) وكذا اذا استأجر عبداً للخدمة فذهبت كلتا عينيه وأما اذا كان عيباً لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجاً اليه في السكنى أو ذهبت إحدى عيني العبد فلا فسخ له (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً وكل ما كان كذلك فكل جزء منه غير له ابتداءً فكان العيب حاداً قبل القبض وذلك لوجوب الخيار كافي البيع وعلى هذا الفرق بين أن يكون العيب حاداً بعد قبض المستأجر أو قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البذل كافي البيع فان المشتري اذا رضى بالمبيع المعيب ليس له الرجوع بعد ذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لاختيار المستأجر لزوال سببه (واذا خرب الدار وانقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض (٢٢٠) أصحابنا وصح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولو سقطت

الدار كلها فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً بانه إشارة الى أن عقد الاجارة يفسخ بانهدام الدار لانه لو لم يفسخ العقد لشروط حضرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الاجحزة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فاته وهي المنافع الخصوصية قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا يفسخ (و) صح النقل بما روى هشام (عن محمد بن استأجر داراً فانهم قد فاته المؤجر ليس للمستأجر أن يمنع ولا للمؤجر وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ)

قال (ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ) لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حاداً قبل القبض فيوجب الخيار كافي البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البذل كافي البيع وان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال (واذا خرب الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الاجارة) لان المعقود عليه قد فاته وهي المنافع الخصوصية قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أصحابنا من قال ان العقد لا يفسخ لان المنافع قد فاته على وجه يتصور عودها فأنشبهه الا باق في البيع قبل القبض وعن محمد أن الاجر لو فاته المالك للمستأجر أن يمنع ولا للاجر وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطعن فعليه من الاجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به والاجر المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز

ذكر باب الفسخ آخر الان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فأنسب ذكره آخر (قوله واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به والاجر المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجر المملوكة لان عقد الاجارة يعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً لا يتقال ما لم يملك المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قد مر في أول باب الاجر معنى يستحق أن الاجرة تملك بأحد معان ثلاثة إما بشرط التجهيل أو بالتجهيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الاولين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بالانتقال ما لم يملك المورث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته بتجهيل الاجرة أو بشرط تجهيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق

واستدل على ذلك بأن المنافع فاته على وجه يتصور عودها فأنشبهه باق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحي الاجرة والبيت مما ينتفع به لغير الطعن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه) أورده استشهاده على أنه لا يفسخ بانقطاع الماء قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به والاجر المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجر المملوكة لان عقد الاجارة يعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً لا يتقال ما لم يملك المورث الى الوارث

(قوله لانه لو بقي العقد نصير المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله يتردد لاطائل تحته بل محل فان المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زاد من الناسخ ويجوز أن يقال اللام متعلق بمسحقة لا بالمملوكة وقوله لانه ينتقل مبني على الفرض والتقدير والمعنى لو بقي العقد يلزم أن نصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقيته مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد ووارث المستأجر

وأما إذا عقد هالغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف (لم تنسخ لانعدام ما أثرنا به) وهو - يردرة المنفعة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في الابتداء كان واقعا لغير العاقد وبقي بعد الموت كذلك ونفوض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فبات صاحب الدابة في وسط الطريق فان المستأجر أن يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقدمت أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد وأوجب بأن ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون غه قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجد غه دابة أخرى يحمل عليه امتاعه (٢٣١) تنتقض الاجارة وكذا الوصية في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لانه

قاض تنتقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر واذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري والمستحسن لا يردر نفعاً على القياس كنهية الحياض والاواني ونفوض بما اذا مات الموكل فانه تنسخ الاجارة ولم يعقد لنفسه وليس بلازم فانا قد قلنا ان كلامات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلاما انفسخ يكون موت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو أن المعنى الذي انفسخ العقد لاجله اذا مات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير من عقده مستحقة بالعقد موجود فيه فالفسخ لاجله قال (وبصح شرط الخيار في الاجارة) اذا استأجر داراً سنة على انه أو المؤجر

(وان عقد هالغيره لم تنسخ) مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أثرنا به من المعنى قال (وبصح شرط الخيار في الاجارة) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الاجرة والاظهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية نقلاً عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقتان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فأت ذلك بموته فتبطل الاجارة لغوات المعقود عليه لان رقبته الدار تنقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تهدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يفي على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبق وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد هالام تكون مملوكة له بخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية (قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار) أقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبح ثوب أو خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة والدليل المزبور لا ينشئ في النوع الاول أصلاً لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه أيضاً على الكمال انما ينشأ من أن يتلف شيء من المعقود عليه بمضي مدة الخيار كإتلافه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعاً وكذا لا يتشبه في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستئجار دابة ليحمل عليها مقدار معلوماً أو

فيها بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا (وفي أحد قول الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لغوات بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكمال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالأعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا (ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة) فانه لما كان عقده معاملة يحتاج الى التروى لتلايقع فيه الغبن (وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب) كما تقدم (فكذا بخيار الشرط) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيه ما لا يصح

وقوله (بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض العقود عليه (وانما كان فواته في الاجارة لا يمنع الرد في البيع يمنع لان رد الكل في البيع يمكن دون الاجارة فيشترط فيه دونها) لان التكليف انما يكون بحسب الوسع (ولهذا) أي ولان رد الكل يمكن في البيع دون الاجارة (يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لان التسليم بكاه غير ممكن وهذا عندنا خلافا للشافعي قال في المبسوط اذا استأجر دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أو لم يطلب ثم تجا كالميسر للمستأجر أن يمنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنع (٢٣٢) عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الاصل الذي

بين ان المنافع عنده في حكم الاعيان القائمة فاذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض يجبر فيما بقي لان اتحاد الصفة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك ثبت حتى الفسخ قلنا الاجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفريق الصفة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر ببيان فرع آخر لنا لا نستشهد اذ حيث لم يكن الخصم قائما لا به قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الاجارة بالاعذار عندنا (وعند الشافعي لا تفسخ الا بالعيب بناء على ما مر مرارا) لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعدر فكذا الاجارة (ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به) كالبيع (اذ المعنى المحوز للفسخ يجمع

بخلاف البيع وهذا لان رد الكل يمكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال (وتفسخ الاجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حذا ادا يقطع ضرره لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طبيا خالطه به طعام الوليمة فاختلفت منه تفسخ الاجارة) لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (وكذا من استأجر دارا كان في السوق ليخبر فيه فذهب ماله وكذا من أجرد كانا أو دارا ثم أفلس وزمنه ديون لا يقدر على قضاء الا بئس ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الديون) لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الخس لان قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى أنه يقتصر الى قضاء القاضي في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

يركبها مسافة سماها وانما يتمشى ذلك فيما تبين العقود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور فاصرا عن افادتها ادعاء الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الاجارة مطلقا فليأمل (قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي العقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به الخ) قال ابن العزاقول بفسخ الاجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا اجماع ولا قول صحابي بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظره فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث في عقود الاجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم يتقل عن العصابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وان كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو اكترى من يقطع ضرره فبرأ وانقلع قبل قلعه أو اكترى كماله ليعمل عينه فبرأت أو ذهبت فلا يفسخ عليه ما هو دون ذلك الى هنا كلامه (أقول) نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الاجارة بالاعذار أن لا يصح القول بذلك فان القياس أحد الأدلة الشرعية الاربعة على ما تقرر في علم الاصول فيمكن تحقيق ذلك في اثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار اليه المصنف بقوله فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به وبين الجامع بقوله اذ المعنى يجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل

الاجارة والبيع جميعا وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا يتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي محجوج بما اذا استأجر رجلا ليقطع ضرره لوجع ثم زال الوجع أو استأجر انسانا ليتخذ وليمة العرس فأتت العروس أو استأجر رجلا ليقطع يده لا كلمة وقعت بها ثم برأت فانه لا يجبر المستأجر على قلع الضرر واتخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج الى الحاكم قال (ثم قوله) أي قول القدوري في المختصر (فسخ القاضي اشارة الى الافتقار اليه في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

(قوله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان الخ) أقول نفسها بدون قامة الدار مقامها مثلا

قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي (وذكر في وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي) وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الائمة السرخسي ما ذكر في الزيادات (وصحح قاضيان والمجربون قول من وقف فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهر) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لان يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهر خلا موضع بينها (قوله ومن أجزع عبده ثم باعه فليس بعذر) (٣٣٣) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن

هل له أن يبيع بعدما أجزع
اختلفت الفاظ الروايات
وقال شمس الائمة الصحيح
من الرواية ان البيع
موقوف على سقوط حق
المستأجر وليس للمستأجر
أن يفسخ البيع وبالله مال
الصدر الشهيد وقوله
(أما الذي يخطب بأجر فرأس
ماله الخيط والخيط
والمقراض فلا يتحقق فيه
الافلاس) قيل وقد يتحقق
افلاسه بأن تظهر خيانتة
عنه الناس فيمتنعون
عن تسليم الثياب اليه أو
يلحقه ديون كثيرة
ويصير بحيث ان الناس
لا يأمنونه على أمتعتهم
(قوله ومن استأجر غلاما
يخدمه في المصر ثم سافر
فهو عذر) قيل فان قال
المؤجر انه لا يرد بالسفر
ولكنه يريد فسخ الاجارة
وأصر المستأجر على دعوى
السفر والقاضي يسأله عن
يسافر معه فان قال فلان
وفلان قال القاضي يسألهم
ان فلانا هل يخرج معكم

وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته أو طلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدل الكاري فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يقعد ويبيع الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤجر ففقد فكذا الجواب) على رواية الاصل وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرره فمدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجزع عبده ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب عقد وانما يقونه الاسترباح وأنه أمر زائد (واذا استأجر الخياط غلاما فليس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذي يخطب بأجر فرأس ماله الخيط والخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل في الصراف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يفسد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصراف في ناحية وهذا بخلاف ما إذا استأجر دابة للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمته السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعدة فيكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما إذا أجزع غلاما ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من العقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الاجر بدون السكنى وذلك نمر

ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو رد نص يدل على خلاف ذلك أو انعقاد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهم ما قيل نحن فيه وكون عقد الاجارة عقد لازما وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح أصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا يتصل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما ثبت به في ترويح نظره ههنا أضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره كله منقوض بما عترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد في ذلك العذر أيضا نص ولم ينقد عليه اجماع ولم يقل عن الصحابة فيه شيء فالمدار في ذلك أيضا هو القياس

أولافان قالوا ثبت العذر والافلا وقيل ينظر القاضي الى زيه وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والافلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فاقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بالله انك عزمت على السفر

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول من أن خلاف الشافعي متأخر فكيف يبنى أئمتنا ما قالوا من جواب المسئلة على خلافه وجوابه جل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتقائه غير مسلمة قال المصنف (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله الخ) أقول فاعل بدا مضمرا والمعنى بدله رأى أي ظهر له رأى يمنعه من السفر

﴿ مسائل منشورة ﴾

معنى المسائل المنشورة قد تقدم وحصد الزرع أي جذه والحصائد جمع حصيد وحصيدة وهما الزرع المحصود والمراد بهما ما يبيع من أصول القصب المحصود في الأرض ومعناه ظاهر وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة قال في النهاية بالنون من هذين أي سكن وفي نسخة هادئة من هذا بالهمز أي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطرية اختيار شمس الأئمة السرخسي (قوله وإذا أقعد الخياط الخ) يعني إذا كان الخياط أو الصباغ معروفاً وهو رجل مشهور وعند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في ذلك رجا لا حاذقاً ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس (٣٣٤) ويعمل الحاذق وجعل ما يحصل من الأجرة بينهم ما نصفين جازاً استخساناً وفي القياس

﴿ مسائل منشورة ﴾

قال (ومن استأجر أرضاً واستعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعد في هذا التسبب فأشبهه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة فمضمّن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حافوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

﴿ مسائل منشورة ﴾

أي مسائل نثرت عن أمّا كنماؤذ كرت هنا تلافياً لمافات (قوله وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حافوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة إذا كان الخياط أو الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور وعند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق فيقعده في دكانه رجلاً حاذقاً ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصاب من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجبره بالنصف وهو مجبور لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا بحالة وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من ذلك نصف ما يعمل وذلك أيضاً مجبور والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عندي أولى من الاستخسان وفي الاستخسان يجوز هذا لأن هذه الشركة التقبيل في العمل بأبدانهم ماسواً فيصير رأس مال أحدهما ما يتقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما ما يجب به الأجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستخسان أن هذه ليست بأجرة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبيل لأن شركة التقبيل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها فتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن فأن قيل شركة التقبيل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وهما ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر أجيب بأن المعنى الشركة في الخارج تقتضي إثبات الشركة في التقبيل فثبت فيه اقتضاء أن ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكراً وتخصيص الشيء بالذليل على نفي ما عداه فامكننا إثبات الشركة في التقبيل اقتضاءً فكأنهما اشتركا في التقبيل صريحاً ولو صرح بشركة التقبيل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذلك هذا هذا هو المذكور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فإنه قال

لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجبور وإن تقبل العمل العامل كان مستأجر للموضع جلوسه من ذلك نصف ما يعمل وهو مجبور والطحاوي رجه الله مال إلى وجهه القياس وقال القياس عندي أولى من الاستخسان وجه الاستخسان أن هذه ليست بأجرة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبيل لأن شركة التقبيل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها فتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن فأن قيل

﴿ مسائل منشورة ﴾

(قوله فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجبور) أقول وأيضاً هو من قبيل فقير الطحان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلزوم في شركة التقبيل ولعل مراده كونه من متناولاتها في العبارة مسامحة (قوله أجيب بأن الشركة في الخارج) أقول يعني الخارج من العمل

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجذاقته (٣٣٥) يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم

وانذا كانت شركة لا اجارة لم
تضره الجهة فيما يحصل
كافي الشركة وقوله (ومن
استاجر جلا ليعمل عليه
محملا) ظاهره والوطاء الفرائش
والدتر جمع دينار وهو ما يلقي
عليك من كساء وغيره (قوله
ورد الزاد معتاد) جواب عما
يقال مطلق العقد ينصرف
الى المتعارف ومن عادة
المسافرين انهم يأكلون
من الزاد ولا يردون شيئا مكانه
ووجهه ان العرف مشترك
فانه معتاد عند البعض كرد
الماء والعرف المشترك
لا يصلح مقيدا فلا مانع من
العمل بالاطلاق وهو أنهما
أطلقا العقد على محل قدر
معلوم في مسافة معلومة
ولم يقيد بعدم رد ما نقص
من المجهول فوجب جواز
رد قدر ما نقص عـلا
بالاطلاق وهو عدم المانع
والله أعلم

كتاب المكاتب

قال المصنف (لان هذه
شركة الوجوه في الحقيقة
الخ) أقول قال صدر
الشريعة في شرح الوقاية
في الهداية حمله على
شركة الوجوه وفيه نظر
لانه شركة التقبل
والصنائع فكان صاحب
الهداية أطلق شركة
الوجوه عليها لان أحدهما

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا
تضره الجهة فيما يحصل قال (ومن استاجر جلا ليعمل عليه محملا) رآ كين الى مكة جازوله المحمل
المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهة وقد يفتى ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان
أن المقصود هو الرأب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهة يرتفع بالصرف الى المتعارف
فلا يفتى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدتر قال (وان شاهد الجمال الحمل فهو أجود)
لانه أنقى للجهة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استاجر بعير ليعمل عليه مقدار من الزاد فكل
منه في الطريق جازله أن يرد عوض ما كل) لانه استحق عليه جلا سمى في جميع الطريق فله أن
يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكيل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من
العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهم حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس
فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهم ما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول
صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما
وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس بلجاهه والاخر يتولى العمل لجذاقته اه فلا يحذر في عبارة
صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه
صاحب معراج الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما
يتولى القبول من الناس بلجاهه والاخر يتولى العمل لجذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته
انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجذاقته يعمل فينتظم
بذلك المصلحة فلا تضره الجهة فيما يحصل) قال الامام الزليفي في شرح الكنتقال صاحب الهداية
هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بجذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير
شركة الوجوه أن يشتر كاعلى أن يشتر يا شيئا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف
يقصور أن تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما ينسبنا الى ههنا كلامه (أقول) ليس
مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار
في كتاب الشركة بل مراده بما ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل
وهذا بجذاقته يعمل فينتظم الاشكال ولا يتبع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه
في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية في الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه
نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يقبل
العمل بوجاهته الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بهد نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان
في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن
كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة
لا ما يقابل المجاز فالعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف
الا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أى عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا
في شيء تأمل تقف

كتاب المكاتب

يتقبل العمل بوجاهته انتهى ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا

(٣٩ - تكمله سابق)

كتاب المكاتب

قال في النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهم ماعقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعني أن قوله بمقابلته ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصله خرج به النكاح والطلاق والعناق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصله وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكره المحاكم الشهيد في الكافي عقب كتاب العتاق لان الكتابة ما اكملها الولاء والولاة حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعة لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذانيات أولى من نسبة العرضيات وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشرايط فكان أنسب بالتقديم والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عقد يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية وأما الاعتناق على مال فانه وان كان عقدا لاحتياجه الى الايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالمعجز يعود رقيقا دون العتق على مال وسيبها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بشرطها (٣٣٦) قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها من جانب العبد

انفكك الجحر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا أدى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البذل في الحال ان كانت حالة والمالك في البذل اذا قبضه وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبدك كاتبك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها نأنت حر وان عجزت فأنت رقيق كان كتابة قال

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا) أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا

قال صاحب النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهم ماعقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق اه (أقول) ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق مستدرك بل محتمل لانه يرد عليه أن يقال ان وقع الاحتراز به هذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فاعني تخصيص تلك الثلاثة بالذكور وان لم يقع الاحتراز به عن غير ما فيها فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبة بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكور وان لم يجب الاطراد فيها بل كفي تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا يمكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبة بين هذا الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره

صاحب (واذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) اذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتبا أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض لذلك بقوله

قال الدميري في شرح المنهاج الكتابة تعليق عتق بصفة تضمنت معارضة مخمة ولفظها اسلامي لا يعرف في الجاهلية قبل وأول من كوثب عبد لعرضي الله عنه يقال له أبو أمية (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله ولهذا ذكره المحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول عبارة الاتفاقى ولهذا ذكر المحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقب كتاب العتاق ولان الكتابة ما اكملها العتق بمال والولاة حكم من أحكام العتق أيضا انتهى وبهذا يظهر لك تصرف الشارع في عبارته وتغييره الى ما لا يرضاه صاحبه فان ذكره الولاء لمكان مناسبة للعتاق لا لبيان مناسبة المكاتب للعتاق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد ان يخرجها من حيث هو كالكتابة لا يرى أنه اخراج اليد حالا والرقبة ما لا وان أراد أنها ليست بلا عوض فسلم ولا عس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذانيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل

صاحب النهاية ههنا ليس بتحقيق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطردا فلا وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم إن صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهم ما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالاجاب والقبول بطريق الاصله وبهم مذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصله خرج به النكاح والطلاق والعناق على ما قال في رد العوض فمما ليس بطريق الاصله الى هنا لفظ العناية (أقول) في كل واحد من نقله وبيانه اختلال أما في نقله فلا لأن الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد ضمهافي النقل الى البيع والطلاق والعناق وأما في بيانه فلا لأنه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأما لفظها في أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصله ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعناق مطلقين في المنقول وقد قيد ما في البيان بكونه ما على مال وجعله ما خارجا بغيره بقوله بطريق الاصله ولم يذكر خروج الطلاق والعناق بغير ما ليس بشيء من القيد مع انهم يخرجون بغيره من المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العناق لان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب العناية فزيده حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لان الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعة غيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات الى هنا لفظ العناية (أقول) في نقله خطأ لان المذکور في كلام صاحب العناية لان الكتابة ما لها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة ما لها الولاء وبينهم ما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة ما لها العتق بيان المناسبة بين العتق والكتابة وبقوله والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتق والولاء أيضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعد ما تبين لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد ترتيبه أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به أنها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى انه اخراج اليد حالا والرقبة ما لا وان أراد به أنها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل الى هنا كلامه (أقول) يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك أي ليس فيها اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شق تردده أما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلا لأنه

وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء

لاشك في ان ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الاخراج وأما سقوط
ما ذكره في شقه الثاني فلا في الكلام في الانسية لا في مجرد المناسبة فلا غشية لقوله ولا تمس الحاجة الى
المناسبة في جميع أجزاء مفهومه ثم انما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض
لا بشرط لا عوض كما بينا عليه من قبل لم يقد قول ذلك القائل مع ان اعتبارا انتفاء العوض في مفهوم
العق غير مسلم لان اعتبارا انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك ان لو كان
المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما اذا كان المراد به بلا شرط عوض فيسم ما بشرط العوض
أيضا اذ قد تقر في موضعه ان بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير المعتبر
في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبارا انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم
اعتبار شيء ليس اعتبارا عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات
أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقر في موضعه
ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر اذ خلا فيها والعرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف
الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو
المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها وانما هو
ما لها الحاصل عند أداء كل البذل وكذا الولاء أمر خارج عنه فانه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة
الكتابة بالاجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للاجارة من العتق ثم ان
كثيرا من الشراح قالوا وقد اجماع الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشرايط فكان أنسب بالتقديم
* ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فان مجرد شبهها ببعض الحينيات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب
كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحينيات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجها لتقدمها على الكتابة وهل
تقبله الفطرة السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينهما وبين ما ذكر قبلها
المبينة في صدر كتاب الاجارات فان تلك المناسبات ما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبلها وهو
الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الاجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب ثم ان صاحب
العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبيده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه اه (أقول)
هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع
لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبيده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ما ذا بل معرفة الثاني تتوقف
على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية
لما قال وأما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه
من كل وجه على ما يجي وعلى أداء العبد ما لا معلوما لمقابلة عتق يحصل له عند أدائه اه حسب صاحب
العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام
في كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على أداء العبد ما لا معلوما الخ من غم
التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للعقد وعليه والمعقود به يحصل بالمجموع معرفة
معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بأن يقال
الكتابة التحرير يرد في الحال ورقبة عند أداء المال وما ذكر في الوفاة وغيرها بأن يقال الكتابة اعتاق
المملوك يدا حالا ورقبة ما لا يفتقر (قوله وهذا ليس أمر إيجاب باجتماع بين الفقهاء) قال تاج
الشرعية وصاحب الكفاية خص الفقهاء لان عند أصحاب الظواهر كداود الاصفهاني ومن تابعه
ان هذا أمر إيجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه

وهذا ليس أمر إيجاب
باجتماع الفقهاء وأشار
بذلك الى نفي قول من
يقول اذا طلب العبد من
مولاه الكتابة وقد علم
المولى فيه خيرا وجب عليه
أن يكتبه لان الامر
لوجوب

حللتهم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذ كور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيرا وقال في الجمل على الإباحة الغاء للشرط بيان لكونه للنذب وتقريره أن في الجمل على الإباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونها بالاتفاق وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك وفي الجمل على النذب اعمال له لان النذبية معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضرب بالمسلمين بعد العتق فان كان يضربهم فالأفضل أن لا يكتبه وان فعل صح فوجب حمله على النذب وأما اشتراط القبول من العبد فلا لانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق إلا بأداء كل السدل وهو قول جمهور الفقهاء

(قوله وتقريره أن في الجمل على الإباحة الغاء الشرط) أقول فيه أن مفهوم الشرط لاعتباره عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على وفاق العادة (قوله) وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم (الح) أقول فيه بحيث فانه على هذا التقرير لا يلزم الغاء الشرط لوجله على الإباحة

وانما هو أمر نذب هو الصحيح وفي الجمل على الإباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونها أما التسدية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضرب بالمسلمين بعد العتق فان كان يضربهم فالأفضل أن لا يكتبه وان كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلا لانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق إلا بأداء كل السدل

اه (أقول) بقي اشكال وهو ان صاحب الكشف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للنذب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزومات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الامر ليس للإيجاب بل جاع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من أجله الصحابة المعرفين بالفقهاء والرواية وابن سيرين وجه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قالوا جالس الحسن أو ابن سيرين يقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للإيجاب اللهم الآن يقال ان ما ذكر في الكشف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لانه مذهبهم ما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقرر بين الفقهاء فتأمل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله باجاء الفقهاء يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمر بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقرير من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد فانهم قالوا يجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان ذا أمانة وذا كسب اذا الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه (أقول) فيه نظر فان كثيرا من هؤلاء الفقهاء سيما الشافعي وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجاء الفقهاء عن قولهم بالإيجاب في هذا الامر وقولهم بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الإيجاب في هذا الامر فأنى يصح الاحتراز به عنه اللهم الآن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتماد برواية القول بذلك فتأمل (قوله وانما هو أمر نذب هو الصحيح) هذا الاحتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للإباحة لا للنذب كما في قوله تعالى وإذا حللتهم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذ كور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيرا كذا في الشروح (أقول) به هذا وبعامر أنفاس من قول بعض العلماء يكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهد في شرح مختصر القدوري في المقام حيث قال وانه للنذب باجاء الامّة انتهى اذ قد علم منه ما ان كون الامر للنذب في كتابهم ليس مما وقع عليه اجماع الامّة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للنذب كما هو مذهب أكثر العلماء (قوله) وفي الجمل على الإباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونها (تقريره) أن في الجمل على الإباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الإباحة ثابتة بدونها بالاتفاق وكلام الله منزّه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه (أقول) هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لان ليس في ذكره فائدة أصلا فان هذا اليليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الجمل على الإباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالإباحة على ما ذكر في عامة الشروح (قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضرب بالمسلمين بعد العتق فان كان يضربهم فالأفضل أن لا يكتبه وان كان يصح لو فعله) أقول لقائل أن يقول فعلى هذا لا يكون في الجمل على الإباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكرها والمباحا اذ قد تقر في علم الأصول ان المباح ما استوى طرفاه له وتركه وان المكر وما كان طرفه تركه أولى واذا كان الأفضل عندنا انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن

فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون تركه الكتابة مندوبا لمباحا كما لا يخفى

لقوله صلى الله عليه وسلم أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه أى في وقت عتق المكاتب الصحابة رضى الله عنهم فعند على رضى الله عنه يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس رضى الله عنهم ما يعتق كما أخذ الصحيفة (٣٣٠) من مولا يعنى بنفس العقد لان الصحيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضى الله

عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر وقال الشافعى رضى الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك اذا أدته الى فانت حر لان الكتابة ضم نجسم الى نجسم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا أن موجب العقد يثبت من غير نص صريح به وموجبه ههنا ضم حرية البدل الحاصل في الحال الى حرية الرقبة عند أداء البدل فيثبت وان لم يصرح به كفى البيع فانه يثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه

لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كفى البيع

لا يكتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة انذاك مكررها لا مباحا فيما بقي قوله فيما قبل وفي الجمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة ونسكلمهم فيها بالرى يدل على زيادة الحديث كاعرف ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعى أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كى لا يأكلها الزكاة في إيجاب الزكاة في مال الصبي بأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحجج أحد منهم بهذا الحديث قلت جازاته ما بلغ اليهم انتهى كلامه (أقول) في الجواب بحث لانه مشترك الإلزام اذ يجزى في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جازان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة ونسكلمهم فيها بالرى على زيادة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والظاهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرى ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أصاب المكاتب ميرا ثار ورث بحساب ما عتق منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيادة الحديث انما هو اختلافهم بالرى لان استعمال الرأى في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الأصول (قوله ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أدته فأنت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كفى البيع) وعند الشافعى لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك اذا أدته الى فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية البدل الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال أوجب حرية البدل في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولو نص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها ضم نجسم الى نجسم ولو نص عليه بأن قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشى الجلالية منقولاً فيها عن المبسوط لا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ههنا بل لا يبعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد صحيفة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولتنسليم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافى كونه تفسيراً للكتابة لان موجب الشئ من لوازمه وتفسير الشئ بلازمه ليس بعرض كما هو حال الرسوم عامة ولتنسليم ذلك أيضا فيجوز أن يكون معنى قوله هم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة السماع بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك أى أمر ربك وقوله تعالى

(قوله وعند ابن عباس رضى الله عنهم ما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تأمل (قوله ولنا ان موجب العقد يثبت من غير تصريح بالخ) أقول قال في الحواشى الجلالية نقلنا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعا الى تفسير

الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية البدل الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال أوجب حرية البدل والحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا المكان يعتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها شرعا ضم نجسم الى نجسم لا ضم حرية الى حرية انتهى لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف

ولا يجب حظ شيء من البديل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حظ ربع البديل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفيفة جدا لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإتياء وهو الإعطاء والحظ لا يسمى إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حظ ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكانت كتبهم لا يقال في النظم لا يجب القرآن في الحكم لأننا لم نجعل القرآن موجبا بل نقول الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكانت كتبهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا وموجلا غير منجم ومنجم عندنا (وقال الشافعي لا بد من نجمة لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) نخروجه من يدمولاه (٣٣١) مفلسا لم يكن قبل العقد أهلا للملك

المال والعاجز عن التسليم لا بد له من أجل يقدر به على تسليم البديل فإن قيل المسلم إليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضى بأخس البديلين فلا بد له من أجل أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت) ولغا ئل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون بإعتائه والطرق متسعة استئذنه واستقراضه واستمباب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت (ولنا قوله تعالى فكانت كتبهم من غير شرط التخييم ولا أنه

ولا يجب حظ شيء من البديل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمة لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله الرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التخييم ولأنه عقد معاوضة والبديل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فجهله المولى ظاهر بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الادعاء ردى الرق

واسئل القرية أي أهل القرية إلى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حظ شيء من البديل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي يستحق عليه حظ ربع البديل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك ممنوعة لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإتياء وهو الإعطاء والحظ لا يسمى إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حظ ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكانت كتبهم لا يقال في النظم لا يجب القرآن في الحكم لأننا لم نجعل القرآن موجبا بل نقول الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكانت كتبهم قرينة لذلك كذا في العناية (أقول) فيه نظر لأن قوله تعالى فكانت كتبهم لا يصلح أن يكون قرينة لكون الأمر في قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة إيجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم إذ دلالة لا مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الأمر في قوله بعد فكانت كتبهم للنذب قرينة لكون الأمر في وآتوهم أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت) قال صاحب العناية ولغا ئل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون

عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعهود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجتماع على جواز ابتياع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لا محالة فأشبهه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البديل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبهه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرنا في التقرير مستوفي ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذا العبد وما عليك لمولاه فالتظاهر من مولاه أن يمهله فإن لم يمهله وطالبه بالاداء امتنع عنه رديقا بالتراضي أو بقضاء القاضى (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الإمهال فيه ظاهرا

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفيفة جدا) أقول لا ينسب لسياق كلامه أن يقول لادلالة الآية على ذلك (قوله وقوله فكانت كتبهم قرينة لذلك) أقول فيه تأمل فإن كونه قرينة مانعة للحمل على الوجوب غير مسلم

ويجوز حالا (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقيق الركن منه وهو (الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه) ولا يجوز بالنسبة إلى المنافع (وخالفنا الشافعي فيه وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة أذن الصبي في التجارة) فإنه لا يجوز لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الأذن له وعندنا هو من أهل التصرف إذا عاقل العقد ونقصان رأيه يجبر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الأذن (بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد لأن القبول لا يتحقق منه والعقد لا ينعقد بدونه حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع) (قوله ومن قال لعبد جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجوم ما أول نجم كذا أو آخره كذا فإذا أدبت فأنتم حر) لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها (٣٣٣) فإن المجموع المذكور مفيد لذلك فإن قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها

قال (ويجوز كتابة العبد اله غير ذاك كان يعقل الشراء والبيع) لتحقيق الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة أذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبد جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجوم ما أول نجم كذا أو آخره كذا فإذا أدبت فأنتم حر وان عجزت فأنتم رقيق) لأنه أفي بتفسير الكتابة ولو قال إذا أدبت إلى ألفا كل شهر مائة فأنتم حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لأن التحميم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكاتبة اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

باعتقده والطرف متسعة استئذنه واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الأقدام على العقد عليها فثبت انتهى واقتنى أثره الشارح العيني (أقول) هذا السؤال ليس بوارد لأنه إن أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعاً إلا أهلية فيه لذلك قبل العقد قط فاني بئبته احتمال القدرة على المال قبله فإن أريد به أن احتمال القدرة عقب العقد أثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعاً لأن مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقدة قبل العقد في السلم لتكون العاقدة فيه أهلاً لذلك قبل العقد بخلاف الكتابة فإن العاقدة فيه ليس بأهل لذلك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البذل له قبل العقد وهذا أمر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئاً من الأموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته لذلك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ألا يرى أن المقتضى لو اشترى أموالاً عظيمة أصبح شراؤه وإن لم يكن هو مال الكاشي من الثمن وبذل الكتابة معقوبه فلا يلزم أن يكون العبد مال كاله حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فإنه معقود عليه وقد أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال ولأنه عقد معاوضة والبذل معقوبه فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر

إلى نجوم ما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تسعين جهة الكتابة ما لم يقبل فإذا أدبت فأنتم حر وأما قوله وان عجزت فأنتم رقيق ليس بسلازم وانما ذكره لحث العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال إذا أدبت إلى ألفا كل شهر مائة فأنتم حر اختلفت الرواية في رواية أبي سليمان هو مكاتبة لأن التحميم يدل على الوجوب لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال ولا يجب المال إلا بالكتابة لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في الكتابة وفي نسخة أبي حفص قبل أي في روايته لا تكون مكاتبة قال فخر الإسلام وهو الأصح اعتباراً بعمله قال إذا أدبت إلى ألفا في

(قوله)

هذا الشهر فأنتم حر فإنه لا يكون كتابة والتحميم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسير الهالالة

يدخل في سائر الديون وقد تخلوا الكتابة عنه ولم يوجد ما يقتضيه بالكتابة ليكون تفسيراً فلا يكون كتابة قال (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) وإذا صحت الكتابة بنحوها على المفسد بعد تحقق مقتضى خروج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه

(قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقيق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيما يدل قوله منه (قوله ليمان ما يفيد الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبد الخ (قوله لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك إلى التيسير (قوله والتحميم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتحميم في العبد يوجد في الضريبة وفيه تأمل

(أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكيته يده) الحاصلة في الحال (إلى مالكيته نفسه) التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكيته النفس في الحال ليست بوجوده فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكيته النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا الوجه عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أول تحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل في ملك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاء المولى عنه أولا) لان مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق إلا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (ولانه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة وينعدم ذلك) أي المساواة باعتبار التساوي (أن تحجز العتق ويتحقق أن تأخر لانه ثبت للمكاتب نوع مالكيته) وهو مالكيته اليد (فيثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وإنما كان حقا من وجه لضعفه فانه ثابت في الذمة مع المنافي إذا المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصحبه (٣٣٣) الكفالة ولو ثبت العتق ناجزا كما

قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فانت المساواة لا يقال المساواة فائسة على ذلك التقدير أيضا لان نوع المالكية ثابت لمن كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأن المساواة لان نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقا (فإن نجز المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة المتقدمة (لأنه مالك لرقبته) فيجوز له أن يملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابل مجانا (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لا خصا صا - بأجزائها تولا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أي على الوصول إلى البدل من جانبه

أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكيته يده إلى مالكيته نفسه أول تحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل في ملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وان نهاء المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روي بناولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بنجز العتق ويتحقق تأخره لانه يثبت له نوع مالكيته ويثبت له في الذمة حق من وجه (فإن أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما لزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل دونه قال (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجنابة) لما بينا (وان أنلف مالها غرم) لان المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لآتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المستغنى بالعقد والله أعلم بالصواب

(قوله أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكيته يده إلى مالكيته نفسه) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكيته يده الحاصلة في الحال إلى مالكيته نفسه التي تحصل عند الاداء وقال فان قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكيته النفس في الحال ليست بوجوده فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكيته النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا الوجه عليه المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب يناقض قوله فيما قبل إلى مالكيته نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم إليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا في الحال والا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الاداء لغوا محضاً كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن تتبعه لما قلنا قال ولا يخفى عليه أن أيضاً الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين

(٣٠ - نكمله سابع) (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والاعيان) فادلها الشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تتنوبا أموالكم وأزمت العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لا خذا المنفعة ليقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فانه يلزم بإيلاج واحد (وان جنى عليه أو على ولدها لزمه الجنابة) وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لانها صارت أخص بأجزائها

(قوله أجيب بأن مالكيته النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسى قوله التي تحصل عند الاداء ولا يخفى عليه أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكيته النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الارش ولزوم العقر لمالكيته اليد لمالكيته النفس (قوله وينعدم ذلك أي المساواة الخ) أقول فان قيل اذا أدى المكاتب بعض البدل يملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شيء للمكاتب فينتفي التساوي قلنا بل يحصل له تأكد مالكيته ولهذا لا يبقى محل للتكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزم العقر) أقول قال صاحب التسهيل ولو شرط وطأها في العقد لا يضمن العقر انتهى وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يملكه ما يخالفه

فصل في الكتابة الفاسدة وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمورا يفسد عقد الكتابة بهم اذ كرم بعضها أصالة وبعضها استشهادا وإذا كاتب المسلم عبده (على خيرا وخيرا) رأى على قيمة العبد نفسه (أو على ثوب أو دابة أو على مينة أو دم) فالكتابة فاسدة أما الخمر والخنزير فلا ثم ما ليس بأعمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقد البديل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلا ثم مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والخمس (والوصف) وكذلك الثوب والدابة وأما الدم والمينة فلماذا كرمنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما نذكره وإذا عرف ذلك (فإن أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أدبت إلى فانت حراً ولم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق) (٣٣٤) الأبداء قيمة نفسه لأن البديل في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كافي البيع الفاسد ووقع في

بعض نسخ الهداية الأبداء قيمة الخمر قيل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عيين الخمر لأنه بديل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أي بأداء قيمة نفسه (لأنه البديل معنى) قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وإن لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عيين الخمر إذا قال إن أدبتها فانت حر لأنه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق

فصل في الكتابة الفاسدة قال (واذا كاتب المسلم عبده على خيرا وخيرا) رأى على قيمة نفسه (أو على ثوب أو دابة أو على مينة أو دم) فالكتابة فاسدة أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقهما المسلم لأنه ليس بحال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرها وجنسها ووصفها فاحتاجت لجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة قال (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الأبداء قيمة نفسه لأن البديل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بديل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البديل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عيين الخمر إذا قال إن أدبتها فانت حر لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على مينة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين المينة أن الخمر والخنزير مالم في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجب العتق عند أداء العوض المشروط وأما المينة فليست بحال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

وجود مال كيسة النفس على قياس ضم النجم إلى النجم انتهى (أقول) ليس هذا بسد بدلا كفي لتحقيق الضم حين مالكية النفس لبطل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فان تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الأداء على ما مر وبمبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير إلى تحقيق معنى الضم في الحال

فصل في الكتابة الفاسدة آخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لا شطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقهما المسلم) عبر عن مسئلتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاول والاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنهم ما صاروا مسئلة واحدة والافهم ما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أومأ إلى هذه التسمية في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بديل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البديل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر

به العتق وصار كما إذا كاتب كتابة على مينة أو دم) فإنه لا يعتق بتسليم عينها إلا إذا قال إن أدبت إلى فانت حر (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والمينة (إن الخمر والخنزير مالم في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجب العتق عند أداء البديل المشروط بخلاف المينة فأنه ليست بحال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

فصل في الكتابة الفاسدة (قوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول ونظيره ما سيجي من رواية عن أبي يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز زفري رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أول يجوز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كافي النكاح ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال في المجموع ويحكم به لا دأئها عينها أو قيمتها انتهى ابن فرشته أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به أي ويحكم أبو يوسف به أي بالعتق

وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته لانه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد وقد تعدد الرد بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد اذا تلف المبيع و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان المولى ماضى بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد رضى بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كي لا يبطل حقه في العتق أصلا) فانه ان لم يرض بها يمنع المولى عن العقد فيفوت به ادراكه شرف الحرية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر (٢٣٥) فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة

أصل لا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه

قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول قال مصدر الشريعة هذه مسألة مبتدأة لا تعلق لها بمسألة الخمر والخمر يبرر ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وان كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسئلة في المبسوط فيها اذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أبدا قال الكتابة فاسدة فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الألف لا ينقص وان كانت زائدة زيدت عليه ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسألة الخمر والخمر يبرر بخالف لما في

(وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته) لانه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد وقد تعدد الرد بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كافي البيع الفاسد وهذا لان المولى ماضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت

الرواية عند علماءنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والخبره فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وإن لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت صحيح ان كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كاذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة البدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العيني ليس بشيء أما أول فلا ن ظاهر الرواية انما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه المروى عن أبي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا لا يبرهن من استمرالك الروايتين في أحد الجزأين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى فقوله سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانيا فلا ن صاحب غاية البيان من الشراح جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وأبو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمة مبدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا أدى أيهما كان انتهى وأشار الى ذلك صاحب العناية بقوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كاذكر في بعض الشروح فقوله العيني والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة البدلا عن نفسه ان أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والافليس عقيب (قوله وهذا لان المولى ماضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ماضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج

شروح الهداية (قوله وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يخفى عليك أن قوله لان المولى ماضى بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه إشارة الى قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تقرير على قوله والعبد رضى الخ (قوله لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول في دلالة على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان ان أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاة عام وان أراد عن القيمة أو الأعم فممنوع ولادلالة عليه في قوله لان بعدم الاخراج الخ (قوله فانه ان لم يرض بها يمنع المولى عن العقد فيفوت به ادراكه شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى اذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلو لم يرض بالزيادة أي بما هو هو العقد الفاسد يمنع المولى عنه فيفوت ادراكه شرف الحرية فليتأمل

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد

(وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة) لاستحقاق المسلم تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين إما أن يتصادق على أن ما أدى قيمته فينت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما ما صار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لأن شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجهالة في الفساد) أي لافي البطلان كافي البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما يعتق بأداء القيمة

يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فإنه ان لم يرض به امتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للشرح وغير تام في نفسه أما الاول فلا أن الظاهر أن كلمة هذا في قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا تنقص عن المسمى ويزاد عليه والمعنى وهذا أي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لأن المولى مارضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كي لا يبطل حقه في العتق بالكيفية فيثبت بانتظام الدليل والمدعي بلا كلفة أصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لأن المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا والمولى مارضى بالنقصان عنه اهـ وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيتمهل كلام المصنف لانه إما أن يكون المراد بالنقصان في قوله لأن المولى مارضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خالي عن التعليل والبيان بالكيفية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لا يطابق الدليل المدعي وان لا يفيد هذا لا يستدعي عدم رضا المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لأن المولى مارضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة فيرد عليه أن يقال ان عدم رضا بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فإمعنى تعميم النقصان ههنا بالنقصان عن المسمى فلعل الشارح المزبور إنما اغتر بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا وأما الثاني أي أنه غير تام في نفسه فلا أن قوله لأن المولى مارضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا فإيخالف رضاه إنما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة إذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فانه لا يجب ههنا الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لأن المولى مارضى بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل توقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل باعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخرف فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطر سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد إنما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كي لا يبطل حقه في العتق إذا الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء إنما يكون بعد تعلق حقه به أولاً ومورد ما قيل إنما هو قول المصنف كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيره فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كي لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخرف وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق فلما يحتمل أن يكون القاضي يرى صحة

بمخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لا اختلاف
أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته

ماروى عن أبي حنيفة أنه إذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان أدبته فأنت حر فأدى الخمر لا يعتق فلا يوقف
القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اهـ (أقول) فيه بحث أما أولاً فلائن مقتضى هذا
الجواب أن يكون قوله كى لا يبطل حقه في العتق لانه لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لارضا العبد
بالزيادة والمذكور في الكتاب بخلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانياً فلائن
ذلك على تقدير تمامه انما يتشبه في صورة ان لم يقل المولى للكتاب على الخمر ان أدبته فأنت حر لاني
صورة ان قاله ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأى للقاضي فيها مع أن ما نحن
فيه يم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبى النهاية ومعارض الدراية رد على المصنف
ههنا حيث قال انتم قوله كى لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله والعبد رضى بالزيادة لانه يحتمل أن
يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان
تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعه اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لان تحمل الزيادة
انما يكون ضرراً عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس
كذلك لا محالة فإنه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكاً للمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على أن
يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم
رضاه بها نفع له أصلاً ثم قالوا والاولى في تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد الكتابة الفاسدة
مع مولاه كان قابلاً لقيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه
باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قدر تربو على المسمى فكان راضياً بالزيادة على المسمى ضرورة اهـ (أقول)
وهو أيضاً ليس بسديد لان في التعليل عما ذكره مصادرة على المطلوب فاننا صدقنا أن يثبت بدليل أن
موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة
فلا عملنا هذه المقدمة بما يتنى على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت
لزم المصادرة قطعاً * ثم أقول ببقئ شئ في كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى ماضى بالنقصان الخ دليل
شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه إلا أن قوله لانه عقد فاسد فوجب
القيمة عندها لك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستنداً كاهنا لانه صار مستغنى عنه
بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته انقساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع
الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فإنه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى
فلم يكن في ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي (قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد
لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض
والعوض يقتضى أن يكون مراداً والمطلق منه ليس بوجوده في الخارج فلا يكون مراداً فتعين أن يكون
المتعين مراداً والاطلاع على ذلك متعذر لا اختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها
وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه (أقول) فيه كلام أما أولاً
فلانه ان أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بوجوده في الخارج فردا مهم من الثوب فلا نسلم أنه ليس
بوجوده في الخارج اذا لاهام انما ينافى التعيين لا الوجود في الخارج وكم من شئ نجزم بوجوده في الخارج
وان لم تعين خصوصيته عندنا وان أراد بذلك مفهومه الكلى فنسلم أنه ليس بوجوده في الخارج ولكن
لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مراداً الجواز أن يكون المراد هو المهمم فلا بد من بيان
بطلان هذا الاحتمال أيضاً وأما ثانياً فلائن لمانع أن يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين

أجاب بقوله (بمخلاف ما إذا
كاتبه على ثوب حيث
لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره
الثوب عوض والعوض
يقتضى أن يكون مراداً
والمطلق منه ليس بوجوده
في الخارج فلا يكون مراداً
فتعين أن يكون المتعين
مراداً والاطلاع على ذلك
متعذر لا اختلاف أجناسه
فلا يعتق بدون ارادته
بمخلاف القيمة فانها وان
كانت مجهولة يمكن استدراك
مراده بتقويم المقومين
فان قلت فان أدى القيمة
فيما إذا كاتبه على ثوب
يعتق أولاً قلت ذكر في
الذخيرة أن الاصل عند
علمائنا الثلاثة أن المسمى
مضى كان مجهول القدر
والجنس فإنه لا يعتق العبد
بأداء القيمة ولا تنعقد هذه
الكتابة أصلاً على المسمى
ولا على القيمة

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) اذا كاتب عبده على شيء لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أو لا كالنقود فان تعين فاما ان يجزؤه أو لا فان لم يجز فاما ان يملكه المكاتب بسبب وأداءه الى المولى أو لا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعيين كالأقوال كابتك على هذه الألف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعين به ولم يجز ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان عجز بردي فبالان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه ما اذا تزوج امرأة على عبده غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بهرم المثل ولو فسدت لرجعت به وبالجامع كون كل واحد منهما معوض ما ليس بحال ووجه الظاهر ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع فان قيل قد تقدم ان لبدل الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبني جواز الكتابة الحالية والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقود وليس الكلام فيها وانما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المفاضة فيصير لبدل حكم المبيع فيستقرط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبهه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية منافع البضع (٢٣٨) ليس بشرط لجواز نكاح الرضعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراذه شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كابتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز بردي الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبهه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود لانها تنبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا مينا والمسئلة فيه على ما يشاء وعن أبي يوسف أنه يجوز اذ كان ذلك أولم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالا ولولا ملك المكاتب ذلك العين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مراد او بتعذرا لا اطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه ولا شك أن الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضا لا ترى الى قول المصنف فيما مر وأما الثاني فلا ان القيمة مجهولة قد رواه جندا ووصفا فتفاحت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة اه فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده

على طريقة تخصيص العلل وتخصه معلوم (وان أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لان البيع يجوز عند الاجازة فان اشترى شيئا بمال الغير فاجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لان ميناها على المساحة وقيل لانها لا تفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المال من العبد فتصير العين من أ كسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به الى قوله وكذلك ان كاتبه على شيء

بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجاز المالك وبين ما لم يجز (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاتب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاتب وفي بعض النسخ لانها أي المكاتب لكن لا بد من تقدير مضاف (ينبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البدل عينا مينا لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة في ذلك (على ما يشاء) ان مراده شيء يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز اذ كان ذلك أولم يجز غير أنه اذا جاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكون المسمى مالا وان لم يجز لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداء

(قوله فان تعين فاما ان يجزؤه) أقول أي يجز العقد (قوله وان تعين به ولم يجز ولم يملكه لم يجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فنأقضى آخر الكلام أوله والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عمومته ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاده على أن ينعقد العقد موقفا وانما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن الغنية عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة الحالية فلا يفسخ المولى الارضا العبد كما هو حكم الكتابة الحالية ثم أقول انه يخالف ظاهر الغرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول احتراز عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

(فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد) وهو ظاهر الرواية (الا إذا قال له أديت إلى فأت حريته فاعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لأن العقد ينقذ مع الفساد كون المسمى ما لا يعتق بأداء المشروط وإن كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره هنا الطول وذكره (٣٣٩) بعض الشارحين على وجهه

الاختصار فقال وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز وجه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دينار في يد العبد بأن كان مأذونا في التجارة أو كتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات لأنها إذا لم تعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصصه العبد ويكون مكاتباً بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط وهذا

فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أدها لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينقذ العقد إلا إذا قال له إذا أديت إلى فأت حريته فاعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لأن العقد ينقذ مع الفساد لكون المسمى ما لا يعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الأعيان وقد عرف ذلك في الأصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصصه العبد فيكون مكاتباً بما بقي) لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط فكذلك يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود ولهم أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى

في صورة الكتابة على القيمة حتى تعين بتعيينهم فتأمل (قوله ولهم أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني أنهم ما يسلطان الأصل المذكور ولكن يقولون ذلك فيما صح استثناءه من غير أن يورد فساد العقد وهنا استثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وإنما يصح استثناءه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالاتهم لا قدر أوجنسها ووصفا كما مر في أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) يرد على هذا التعليل أنه يقتضي أنه لا تصلح الكتابة فيما إذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لجرمائه فيه أيضا بعينه فان قيمة العبد المعين أيضا مجعولة لجهالة تفاحشه وهذا لو كاتب عليه لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والقرآن أنه علل هذه المسألة بوجه آخر وعزاه إلى الزبلي وأورد عليه النقض بما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب وعزاه إلى الكافي حيث قال لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لأن ما كان من المائة بازا الوصف الذي يرد المولى يبيع وما كان منها بازا رقبته المكاتب كتابة فيكون صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزبلي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وأمة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجعول القدر فلا يصح كالمالك عليه على قيمة الوصف وهذا لأن العبد لا يمكن استثناءه من الدنانير وإنما استثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالاتهم لا قدر أوجنسها فكذلك لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ ولا يخفى على ذي فطنة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه إلى الزبلي والوجه الذي عزاه إلى الكافي في ورود

بالاتفاق وكل ما يصلح بدلا لم يصح مستثنى من البطل وهو الأصل في أبدال العقود وقال بالوجوب أي هذا الأصل مسلم ولكن فيما صح الاستثناء واستثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح وإنما يصح باعتباره قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن قوله فمن أبي حنيفة (قوله وإنما يصح باعتباره قيمته وهي لا تصلح بدلا لتفاحش الجهالة) أقول لوضع هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معينا العين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجعولة لجهالة تفاحشه وقد سبق في أول الفصل

(واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) انه تركى أو هندی (ولا الوصف) انه جيد أو ردي (جازت وينصرف الى الوسط) (من ذلك الجنس) وقد رده أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهما وقالاهو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد (٢٤٠) الكتابة عقد ارقاق فالظاهر ان يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب وانما

ينصرف الى الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذ ثبت في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظر للجانين (ويجبر على قبول القيمة) لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الاصول لانها اصل من حيث ان البدل يعرف بها (وقد مر في النكاح) انصار كانه أنى بعين المسمى (وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومنها يتحمل في الكتابة) لان منبهاها على المساواة (فتعتبر جهالة البدل لجهالة الاجل فيه) حتى لو قال كانتك الى الحصاد والدياس أو القطار صحت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع) في ان تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول أو الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على

قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى الوسط) ويجبر على قبول القيمة (وقد مر في النكاح) اما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومنها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يثبتني

النقص بالصورة المزبورة عليهم ما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمقول المعنى (قوله) اما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومنها يتحمل في الكتابة) قال في العناية واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والحواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالذابة مثلاً ومتوسطة كالركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وإن شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بنى على الماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المساحبة كالكتابة والنكاح انتهى (أقول) ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلاننا لا نسلم أن شمول اللفظ للأجناس ان منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فريه بلا مريه لان المصنف ماذ كرقط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري حر ادا لا حر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع لان بتقدير الثمن بصير النوع معلوما وبذكر النوع تنقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي والجنشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا اهـ فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله مدارا للاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحب النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من أمثال هؤلاء القهول وأما الثاني فلا أن الجواب المزبور مع ابتناؤه على القول بمراتب الأجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين أي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أما هناك فلما عرفت أنفاً وأما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيّد الجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يثبتني

البيع اما أن يكون من حيث ابتدائها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال على والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما

على المسامحة وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيوع لأنه مبني على المماسكة بآداء استظهار وان لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها تشمل أجناسا وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة واعتراض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبدان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذه الجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا ومتوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على المماسكة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال (وإذا كاتب النصراني عبده الخ) وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز لان الخمر في حقهم كالخل في حقنا وأيم ما أسلم فلمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تعليق الخمر وتعلقها وفي التسليم ذلك ما إذا جاز غير من فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيع بحال ففسد وتصلح في الكتابة في الجملة فانه لو

كاتب على وصيف أى عبد للخدمة وأنى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة لان البقاء أسهل من الابتداء وانما قد بقوله على ما قاله البعض لان بعض المشايخ قال ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة معنى والرواية في الكتابة رواية في البيع قال (وإذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر

على المسامحة بخلاف البيوع لأنه مبني على المماسكة قال (وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز) معناه إذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم غير له الخمر في حقنا (وأيم ما أسلم فلمولى قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تعليق الخمر وتعلقها وفي التسليم ذلك ما إذا جاز غير من فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف وأنى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة أما البيوع فلا ينعقد صحى على القيمة فانقرضا قال (وإذا قبضها عتق) لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم

على المسامحة بخلاف البيوع لأنه مبني على المماسكة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن هذا يعنى ما قاله الشافعي قياسا فاسد لان قياس الكتابة على البيوع إما أن يكون من حيث ابتداءها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيوع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الخمر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف

(٣١ - تكمله سابع) للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أدى الخمر عتق لما بينا في أول هذا الفصل) انه اذا أدى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقدا الكتابة تضمن تعليق العتق بإداء البديل المشرط فاذا وجد البديل وقع العتق وذكر التمر تاتى أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر روايتان والفرق على احدهما بيننا وبين المسلم اذا كاتب عبده على خمر فأداها الى مولاه فانه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد لانه قد صحى على الخمر ابتداء وبقى على القيمة صحى بعد الاسلام ولا يتصور بقاءه صحى والخمر بدل فيه بقاءه صحى دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسد بسبب كون الخمر بدلا وبقى كذلك فلا حاجة الى إخراجها عن البدلية وأذا بقي بدلا عتق بأداها

(قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد) أقول الذى يشمل التبركي والهندي وهما جنسان سافلان (قوله وفي التسليم تعليق الخمر) أقول الاظهر أن يقول وتعلقها بالطابق المشرط وح الا يرى أن المسلم اذا كان المولى فاللازم هو عتق المسلم الخمر وانما جعل التسليم ظرفا للتملك لاستلزامه إياه كانه مشتمل عليه (قوله فان الملك ثبت فيما عجز دعتد الكتابة) أقول أى على رواية جواز الكتابة على عين في يد المالك قال المصنف (ولو أداها عتق) أقول قال الاتقانى أى لو أدى عين الخمر عتق أيضا فيما اذا أسلم أحدهما الآن في الكتابة معنى التعليق وبه صرح قاضيان في شرحه للجامع الصغير انتهى وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيب بخلاف شرح السغنائى فتأمل

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) لأن موجب الكتابة أن يصير حرا يداو ذلك بما لكيسة التصرف مستبداه تصرفا يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البذل والبيع والشراء من هذا القيسيل وكذا السفر لأن التجارة بما لا تتفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة وبذلك البيع بالمحابة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى

في الحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيع لانه مبني على المما كسة زيادة استطهار انتهى كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلا نه جعل قول المصنف فأشبهه النكاح متفرعا على الشق الثاني حيث قال فأشبهه النكاح في الانتفاء وليس بنام لأن كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منقعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله وأما كونه في الانتفاء معاوضة مال بمال بغير ظاهر وبما لم يقل به أحد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة والعيني فأنهم ما قالوا في تعليل قول المصنف فأشبهه النكاح لأن منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأشبهه النكاح متفرعا على الشق الأول فقط أو على مجموع الشقين وأما ثانيا فلا نه قال وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المصنف بخلاف البيع لانه مبني على المما كسة زيادة الاستظهار وليس ههنا بنام أيضا لأن مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجهه أو في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع أيضا فلو لم يذ كر قوله بخلاف البيع لانه مبني على المما كسة لما ظهر اختصاصها بتلك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقدا الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور ولنا أن هذا قياس فاسد لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتفاء الخ فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط والله الموفق للصواب

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للكتاب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والافقد ذكر في هذا الباب كثيرا لما لا يجوز للكتاب أن يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفا سدة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح اه واقتني أثره الشارح العيني (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة مما حجة التعليل بقوله ما فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفا سدة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وان لا يفعله انتهى (أقول) هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسطوران لكن فيه أيضا سماجة لانه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصدياته انما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهيب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعله شيئا لا ينافي جواز أن يفعله أيضا كما في الاشياء المباحة التي يستوي فيها جاتها الفعل والتروك وما نحن فيه ليس كذلك قطعاً (قوله ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفا سدة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صححت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تهيدها لقوله

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

(قوله فان جواز التصرف ينتهي على العقد الصحيح) أقول ههنا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضي عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول لا يخفى في عليه أن انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره اصالة هنا وهذا لفظ القدوري هنا

(فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) فإنه لم يبين ذلك ببيانه (٣٤) وجه الاستحسان (أن هذا الشرط

مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبعاد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان بنافسه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فإن قيل هذا يقتضى بطلان العقد كافي البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تتقدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك (لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تقسده الكتابة وهذا) أي هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل

قوله ولا فيما يقابله) أقول قوله ولا فيما يقابله ممنوع فإن مقابله فك الحجج وحرية البدل والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فإن مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجي بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول

قال (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا) لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبعاد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل

حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه اعادها تمهيدا لقوله فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا فإنه لم يبين ذلك ببيانه ثم اه (أقول) لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لاجواز البيع والشراء فثبت الاعادة للتمهيد لا يتم عذرا بالنظر الى مسئلتى البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أنه انما ذكره هناك استطرادا وانما حمل ذكره هنا وهذا اللفظ القدوري ههنا انتهى (أقول) وهذا الذي ذكره ليس بلفظ القدوري وانما اللفظ فيجوز له البيع والشراء والسفر بقاء التفرع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكره هنا لا يدل على التفسير وبما ظهرا لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضا فإنه قال هناك فبذلك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك أن حاصل معناه متعدي ما ذكره هنا وعن ههنا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكررا لانه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا أنه لم يذكر في البداية ثم قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير اخلال وان كان ذلك جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا اه فتبصر (قوله وصح العقد لانه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تتقدمني مدة أو زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تقسده الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فإن مقابله فك الحجج وحرية البدل والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فإن مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يختص به أيضا كما سيجي بعد أسطر انتهى (أقول) ليس ذلك بشئ لأن كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضى كونه خلافا فيما كان تخصيص الشئ قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كما اذا عرّفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك يخص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعاً وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضا اذا لرب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضى دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه أصلاً كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله انبه يتحقق التمكّن في صلب العقد كما عينه (قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل) أقول لقائل أن يقول

حينية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الا أن يكون وجه الشبه مجموع العطف عليه والمعطوف أعني وعدم صحتها بلا بدل (قوله وعدم صحتها بلا بدل) أقول يعني بلا ذكر بدل

واحتمالهما الفسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا بطلان الشرط وفسخ
العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عمل يشبه النكاح ويبطلان العقد اذا تمكن في صلبه عمل يشبه البيع (أونقول ان الكتابة
في جانب العبد اعتراف) لان الاعتراف (٣٤٤) ازالة الملك الى أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للكتاب شيئا وانما

يسقط عنه ملك موله
وكل شرط يختص بجانب
العبد فهو داخل في
الاعتراف لدخوله في الكتابة
وهي اعتراف (وهذا الشرط
يختص به) فهو داخل في
الاعتراف (والاعتراف لا يبطل
بالشروط الفاسدة قال
(والتزوج ليس وسيلة اليه)
الكتابة فكما يجزى مع قيام
الملك ضرورة التوصل الى
المقصود أى الى مقصود
المولى من البذل وذلك
لقيام الملك ومقصود
الكتاب وهو تحصيل
الكسب لا بغية وذلك
بفسخ النكاح والتزوج ليس
وسيلة الى المقصود بل هو
مانع عن ذلك فلا يدخل
تحت فسخ النكاح لكن اذا
أذن له المولى بذلك جاز لان
الملك فيه قائم

(قوله واحتمالهما الفسخ
قبل الاداء) أقول واحتمال
الفسخ بعد الاداء أيضا
لا يضرننا قال المصنف
(أونقول ان الكتابة في
جانب العبد اعتراف) أقول
قال الاتقاني لو قال في جانب
المولى اعتراف أو قال في جانب
العبد عتق كان أولى انتهى

أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعترافا
في حق هذا الشرط والاعتراف لا يبطل بالشروط الفاسدة قال (ولا يتزوج الاباذن المولى) لان
الكتابة فكما يجزى مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه

قدمر قيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أعتنا قالوا عساهمة عقد
الكتابة للنكاح وعملوا به ووردوا على الشافعي قوله بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا بشبهه
بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي
العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لبحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معا كما في المسئلة المارة
فتأمل (قوله) أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد
الخ قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتراف أو قال في جانب العبد عتق كان أولى
انتهى (أقول) كل من شق كلامه منظوره فيه أما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعتراف لم يتم
المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة اعترافا في جانب
المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسرا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعترافا في جانب العبد
كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتراف وأما شقه الثاني فلان الاعتراف في قوله في جانب
العبد اعتراف مصدر من المبني للفعل دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق فكان قوله في جانب العبد
اعتراف وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف
اذا حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضا
بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة
أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والاولى ما
بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا
وجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة
فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أونقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى (أقول) كل من
وجهى دفعه غير سالم أما وجهه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة
من الكتابة فلو كان ذلك لفسد العقد لفسد غير الداخل في صلب العقد أيضا وان رجع الى العمل بكونها
معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعترافا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه
الى الوجه الاول وأما وجهه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور
اذ لقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبر اعترافا في غير هذا الشرط أيضا (قوله لان
الكتابة فكما يجزى مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض
الفضلاء تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن
انتهى (أقول) بل يمكن تعميمه اذا تظاهرت مداركهم بأنه لا يمكن هوان المكاتبه بتزويج نفسها
تملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة وما خذ ذلك ما ذكره

المصنف

والامر فيه سهل قال المصنف (فاعتبر اعترافا في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا

كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان
ضعيف انتهى ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل
في صلب العقد أونقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حوائج حبيب الدين الضرير فراجع

(ولا يجب ولا يتصدق) المكاتب (الابالشي اليسير) وكلامه فيه ظاهر والمجاهز عند العامة هو الغنى من التجار وكأه أرباب المهز وهو الذي يبيع التجار بالجهاز وهو فاجر المتاع ويسافر به خرف إلى المجاهز كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لأن الكفيل متى أدى صار مقرضاً أدى للمكفول عنه والاقرض تبرع وانما قيد بالحال لانهم بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفاله ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره أجيب بأنه يضره فر بما عجز عن تسليم النفس فيجب على ذلك وهو يخل بالاكسب الذي يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للمالك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره كالمير يعير (بخلاف الاعتاق على مال) فإنه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف (٣٤٥) على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان عليك ما لا يملكه وهو لا يجوز (قوله فان أدى الثاني) يعني ان أدى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثاني) لتحقيق شرط عتقه (ولو أؤه للمولى لأن له فيه نوع ملك) لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى للاول بمنزلة علة العلة ولهذا الوعبر الاول كان الثاني ملكاً للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازاً وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواله (فاذا عذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) لكونه رقيقاً (أضيف اليه) أي الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيئاً)

ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يجب ولا يتصدق الابالشي اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه الا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لا يوجب بداء من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئاً عاك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لانه تبرع ابتداء (وان زوج أمته جاز) لانه اكتساب للمال فإنه يملك به المهر فدخل تحت العقد (وكذلك ان كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لأن ما له العتق والمكاتب ليس من أهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فملكه كزويج الامه وكالبيع وقد يكون هو أنفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمالك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان أدى الثاني قبل أن يعتق الاول فولأؤه للمولى) لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا عذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية أضيف اليه كافي العبد اذا اشترى شيئاً (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولا عليه) لان المولى جعل معتقاً والولا لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثاني بعد عتق الاول فولأؤه له) لان العاقد من أهل ثبوت الولا وهو الاصل فيثبت له

المصنف فيما ساق في تعليل مسألة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لانه اكتساب للمال فإنه يملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتمام فان بين تزويج المكاتبه نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرحوا به في أثناء شرح مسألة تزويج المكاتب أمته فيما ساق وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب للمالك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن يملك المكاتبه تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لانها اكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جنابة رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتب لا تتزوج بغير اذن المولى وأجاب بأن تزويج المكاتبه نفسها ليس لاكتساب المال بل للخصين والعفة فان مقصودهما من تزويج نفسها شيء آخر

فانه ثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولا اليه لان المولى جعل معتقاً) مباشرة حكماً لما أن العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق (والولا لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يراد حر الولا فان ثمة مولى الجارية ليس معتقاً للولد مباشرة بل تسبباً باعتبار اعتاق الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فينجر الولا الى قوم الاب (وان أدى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الاول فولأؤه للاول لان المباشر من اهل ثبوت الولا وهو الاصل فيثبت)

قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن (قوله بخلاف الاعتاق على مال فإنه لا يملكه) أقول الاعتاق مصدر من المبني للفعول أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره

قال (وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه أما الاول فلا نه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفس فأسبه الزوال بغير عوض وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلا نه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لا استفادته المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهم جميعا يمكن الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظرا فيما سواهما والولاية نظرية

قال (وان أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه وقوله (وأما الثالث فتتقصص له) لان من اشترى عبدا ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب وكلامه ظاهر وقوله (على ما مر) اشار الى قوله وان زوج أمته جازلانه اكتساب للمال (قوله وكذلك الاب والوصي) ظاهر (قوله ولان في تزويج الامة والمكاتبه نظرا) أما في تزويج الامة فلما مر آتفا وأما في الكتابة فلا نه بالجزء بدرجة افرعها كان الجزء بعد اداء نجوم وذلك لاشك في كونه نظرا

(قوله انما يملك ما كان من التجارة) أقول الاولى أن يقول من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيبي بعد سطور ويملكه المكاتب

(١) قوله أنه أي في أنه اه من هامش الاصل اه صححه

سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعمره الى المبسوط فنخلص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تميمه لعدم جواز تزويج المكاتب بنفسها أيضا كما لا يخفى تأمل تقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فإن التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبه لكن الكلام في امكان تميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمد كرماد كره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز لا كاتب أن يتزوج بغير إذن مولاه وكذا المكاتبه لان المكاتب عبدا مابق عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو طاهر لان المولى يملك رقبته المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحد منهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة ورد في المذكر ولكن بدالته بيم المؤنث أيضا لا محالة (قوله وان أعتق عبدا على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره ههنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كنزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيبي فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يقال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فأندرج في قوله أو من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتي وقد قرر عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا اجماعا فلا يحصى عن المذور في كلام الشارح المزبور الا بأن يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا فالخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملك ان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيمكن ان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول الاعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع عنه فاذا ملك البائع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا اه (أقول) لم يفرق في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مر وتقرر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانم الا تزيل الملك الا بعد وصول البذل الى المالك والبيع بزيه قبله ولا شك ان

قوله (فأما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه وقوله (هو) يعني أبابوسف (فاسه على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوج الأمة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبره بالتزويج بالاجارة فإن المأذون له جازله أن يؤجر عبده أو أمته فكذا يجوز له أن يزوج أمته وقاسه واعتبره مترادفان وقيل استعمل القياس بين العيين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لأن المماثلة (٣٤٧) بين العيين ظاهرة إذ في كل منهما فاك

الحجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لأن المراد بالقياس أن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيين

قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة الاعتقاد على مال يزيه قبله أيضا مع ما فيه من إثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفا فلم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فيطل قوله فإذا ملك البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا (قوله) فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رجحهما الله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) أقول في هذا الخبر برنوع اشكال لأنه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجز مع كون كلمة أما في قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما ياباه اذ حكم ما ذكره قبيلها أيضا عدم الجواز بنا فيه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته فان تزويج الأمة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فإما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فينتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانه مما يجوز للمأذون له قطعاً كما يجوز للمكاتب فلامعنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب أصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكر في أول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك أن ما يصلح لتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الأصالة لا يتم عذرا هناك ولا هنا واعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط ضده وانكاح أمته وكتابه عبده وتانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا بآذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقته الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشيء من ذلك لا يصح من مأذون ومضارب وشريك فقطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فعمل الاشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمشتات لعدم تمامها في صورتي البيع والشراء من المشتات وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه أما أولا فلا أن المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمشتات مختاطبة مع الأخرى فلا تفهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانيا فلا أن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لان تزويج الأمة من قبيل المشتات في المكاتب وأنا أتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (قوله) هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فإن المكاتب يجوز له أن يزوج أمته فكذلك المأذون له واعتبره بالتزويج بالاجارة فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته فكذلك يجوز له

(قوله) وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول لا وجه للفاء اذ لا يتضمن المبتدأ معنى الشرط (قوله) ذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله) وفيه ما فيه) أقول فان دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا ممنوعة لكن العلامة الاتقياني لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفقهاء أبي الليث وعن شرح الطحاوي للإمام الاستيحاى ما يدل صريحا على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا يصلح مؤيدا لذلك وبكفي ذلك ما ذكره في

هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب والصواب يجوز له تزويج الأمة اذ الكلام فيه (قوله) وقيل استعمل القياس) أقول القائل هو السغفاني (قوله) لان المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية) أقول في الحصر كلام فانه مما يمتثل لان في كون كل منهما من طرق الكسب (قوله) لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول لا يدل على الحصر الذي ادعاه (قوله) وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي الخ) أقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عيين ان أراد أنه لا يكون بين عيين حقيقة فسلم وان أراد أنه لا يجعل العيان مقياسا ومقياسا عليه مجازا ففساده ظاهر والحكم بالاولوية لظهور المماثلة في الاول دون الثاني

ولهـ ما أن المأذون له عليك التجارة وهذا ليس بجارة فأما المكاتب يتملك الاكتساب وهذا اكتساب

أن يزوج أمته كذا في الشروح (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظراً ما في الأول فلا تلو صرح بقياس
المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضاً فإن المكاتب يجوز له أن يكتب
عبده فينبغي أن يجوز له أيضاً أن يكتب عبده بطريق القياس مع أن كتابة المأذون له عبده
عما لا يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلا تلو تم اعتبار تزويج بالاجارة من حيث أن جوازها للمأذون له
يقضي جوازها له أيضاً لزم أن يجوز تزويج عبده أيضاً كما يجوز اجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع
أنه لا يجوز له تزويج عبده بالاجماع ثم إن صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العيينين وهما
المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعاين وهما التزويج والاجارة لأن المماثلة بين هذين العيينين
ظاهرة إذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجوداً فاستعمل لفظ القياس
لذلك وأما في هذين الفعاين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما ان الاجارة من المعاوضات المالية
من الجانبين لأن المنفعة حكم المالية ألا يرى أن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بمقابلة المنافع كما يثبت
ديناً بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق اه كلامه (أقول)
فيه بحث أما أولاً فلا تلو أنه أراد بقوله إذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف أن في كل منهما فلك
الحجر واطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعاً إذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على
ما فصل في كتابهم ما وإن أراد بذلك أن في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف الذي أطلق في
الآخر أيضاً فليس كذلك أيضاً ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق
وإن أراد بذلك أن في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجلفة فهم هذا القدر
لا تحقق المماثلة الصحيحة للقياس فضلاً عن ظهورها وأما ثانياً فلا تلو أنه قال ان الاجارة من
المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذين الفعاين من حيث الفعلية
لا غير فإن انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات
الانفرادية من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل
ما في النهاية وفيه نظر لأن المراد بالقياس أن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيينين وإن كان غير
ذلك فلا نسلم أولويته اه (أقول) هذا النظر مندفع فإن المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد إليه
جعله دليلاً على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عيينين أن أراد به أنه لا يكون بين نفسى العيينين
من حيث ذاتهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العيينين استعماله
بينهما من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان
القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وإن أراد به أنه لا يكون بين العيينين بحيثية من الحيثيات فهو
فاسد لا محالة على أنه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الأولوية أيضاً ساقطاً لأن لفظ
القياس أكثر وأشهر استعمالاً في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى إن معنى المماثلة كان معتبراً في أصل
معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره فاس الشيء بالشيء قد ورد على مثاله
فكان استعمال لفظ القياس في الشئين الذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الأمرين
الذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعاً لأن فيه توفيقاً للأقوى والأضعف والأضعف ثم إن
رأى صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في
النهاية وقاسه واعتبره مترادفان اه (أقول) إن أراد أنهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جداً

وإن كان غير ذلك فلا نسلم
أولويته (ولهما) وهو الفرق
بين المأذون والمكاتب (أن
المأذون له عليك التجارة
وهذا) أي تزويج الأمة (ليس
تجارة) لأنه ليس بمبادلة
المال بالمال والتجارة ذلك
(والمكاتب عليك الاكتساب
وهذا اكتساب) لأنه اسم
لما يتوصل به إلى المال
وبالتزويج يتوصل المولى
إلى المهر فكان اكتساباً

(قوله وإن كان غير ذلك
فلا نسلم أولويته) أقول فيه
بحث

(قوله ولأنه) أي التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويع بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال (ولهذا) أي ولأن التزويع ليس من الاكتساب (لا يملك هؤلاء) أي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكتساب المال

فصل لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصل ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) تقديم الاب في الذكركه هنا على ابنه لتعظيم وأما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب (٣٤٩) سواء كان مولودا في الكتابة

أو مشترى والمولود مقدم على المشتري فان المولود

يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعدم موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب لظهور نقصان خاله عن المولود في الكتابة في التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعدم موته حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتباً لانه لو صار مكاتباً لكان أصلاً ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصله فان

ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم **فصل** قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته)

وان أراد انهم ما مترادفان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتبين (قوله ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله اذ هي أي الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يانزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه يخالف لما ذكره الشارحون في وجهه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتنامل اه (أقول) يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجهه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اه بأن مرادهم عا ليس بمال ما ليس بمال حقيقة ومراد للمصنف بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكمي وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبته العين واقامته مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة في الاجارة في حكم المال اه * ثم أقول ويمكن أن يحتمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال حينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكمي لا حقيقة كما عرفت اه آنفاً ثم ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهراً في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاء به المال لقوله تعالى أن يتنوبا بأموالكم اه وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الوافي قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهراً في باب النكاح بل جعله على الملقط (أقول) فيه بحث لانه يخالف ما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج حراً امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اه فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل

فصل لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصله شرع في ذكر مسائل وقوعها

(٣٣ - تسكله سابع) قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه أجيب بأن المشتري تباع من كل وجه

قال المصنف (ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه يخالف لما ذكره الشارحون في وجهه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتنامل (قوله ولهذا أي ولأن التزويع ليس من الاكتساب) أقول ان أراد تزويج الامة فلا شأنه من الاكتساب وان أراد مطلقاً لم يدع أحد أنه من الاكتساب

فصل واذا اشترى المكاتب (قوله والمولود مقدم) أقول أي المولود في الكتابة الخ (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعني حال حياة الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعني بعدم موته

فلا معتبر به في أمر البذل لثبوت رقبته قبل دخوله في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجهه وكان البذل في مقابلته ومقابله والده فلهذا يسهل ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولا يدخل في كتابته كما ذكرنا لانها لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الامكان (واذا اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفتقران في الحر في حق الحرية ولا في حنيفة ان المكاتب كسب الاملاك) لانه ملك لغيره كما عرف ولهذا لا يملك الهبة ولو اشترى زوجته (٣٥٠) لم يفسد النكاح (والكسب يكفي للصلة في الولاد) لافي غيره (الابري ان

القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه) أي قرابة الاخوة (توسط بين القرابة البعيدة من (بنى الأعمام) والقرابة القريبة (و) هي (الولاد) والمتوسط بين الشبهين ذو حظ منهما (ف) حملنا بالشبهين (و) (الحقنا بالثانية) أي القرابة في العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (وبالاولى) أي بالبعيدة (في الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لانا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضا في العتق (لانه أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشر يكتن اذا كاتب كان لا آخر فضحه واذا أعتق ليس له ذلك) وفي ذلك ابطال لاحد الشبهين واعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما قال (واذا اشترى

لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الامكان ألا نرى أن الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق عليه (وان اشترى ذارحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفتقران في الحر في حق الحرية وله أن المكاتب كسب الاملاك غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكتفي في غيرها حتى لا تحب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الأعمام وقرابة الولاد فالحقنا بالثاني في العتق وبالأول في الكتابة وهذا أولى لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشر يكتن اذا كاتب كان لا آخر فضحه واذا أعتق لا يكون له فضحه قال (واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يحز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد لانها أم ولدها فلا يبي حنيفة

بسميل التبعة وما يتبعها لان التبعية يتلوا الاصل (قوله واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يحز بيعها) هذا لفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية في شرح المقام امرأة المكاتب الفتنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) في عبارته خلل لان الفتنة بالثاني في وصف المرأة تخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيسه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب وأما أمة فتنة فلم أسمعه اه (قوله وأما امتناع بيعها فلا) أنها تباع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج الشريعة فان ثبت للولد حقيقة الحرية ثبت للام حقها وهما ثبتت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للام حقها تحقيقاً لا لخطا رتبته عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لا لخطا الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتباً تبعاً للولد قلت لان العدة ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتباً تبعاً للولد وانما يقتضي أن لا تصير مكاتباً أصالة الابري ان المكاتب اذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته ويصير مكاتباً تبعاً لولده كما مر من العقد ما ورد على الاب هنالك أيضاً قطعاً للصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال انما لا تصير مكاتباً تبعاً للولد تحقيقاً لا لخطا رتبته عن ولدها في حق الحرية ألا يرى أنها لا تصير حرة في الحال تبعاً لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضع فكذا لا تصير مكاتباً تبعاً للولد بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا

أم ولده الخ) امرأة المكاتب الفتنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يحز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها وحدها فكذلك عندها لانها أم ولدها فلا يبي حنيفة (قوله ولان هذه أي قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أي قرابة الحرية غير الولاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول أي بالشراء والهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

له أن القياس جواز بيعها وان كان الولد معها لان كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البذل فان أدى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز عاده هو وماله للولي وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ولا يجوز أن يتعلق به مالا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان مالا يقبله أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للادنى لأنه يثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام بتحكم والجواب أنه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها الولد (٣٥٩) (وان ولد المكاتب ولد من أمة

دخل في كتابته لما ينفى (المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال لانه من أهل أن يكاتب ان لم يكن من أهل الاعتاق واعترض بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الامه حتى يدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسري لا يحصل له وطء أمته لكن ان وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لاحد التسري بكن وطؤها كمن ان وطئها فولدت وادعاء ثبت النسب قال في المبسوط جارية بين حرم مكاتب ولدت ولدا فادعاء المكاتب فان الولد له والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لان المكاتب بماله من حق الملك في كسبه عاك الدعوة كالحرف في قيام الملك له في نصفها

وله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به مالا لا يحتمل الفسخ الا أنه يثبت به هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وان ولده ولد من أمة له دخل في كتابته) لما ينفى في المشتري (وكان حكمه حكمه وكسبه له) لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك ان ولدت المكاتبه ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيما مؤكدا فيسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاد

ملكه ولده فانه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها حقيقة الصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد أيضا قلت ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون واردا عليه بخلاف الامه اه (أقول) فيه أيضا نظيران كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الاب وورود على الولد أيضا ولا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضا فيما نحن فيه أصالة لا تبعاً والولد فلا يصح قول المصنف أمد دخول الولد في الكتابة فلماذا كرنا كما لا يخفى ويلزم أيضا أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما اذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن ولدها معها فيسه تدبر تنق (قوله له أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انصاف صدر الكلام بتحكم والجواب انه ليس بتحكم وانما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما اذا كان معها ولدها الى هنا كلامه (أقول) في الجواب بحث وهو ان الأثر المذكور لا يفرق بين ما اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر إطلاقه يتناول صورتين معاقبته ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جداً وان أراد به ان ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤدي الى المصادرة اذ هو أول المسئلة فان الاما من لم يقبله فلهذا لم يجوز بيع المكاتب امر أنه المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها ابتداء على انها أم ولده وان لم يملك ولدها

هنا ثبت نسب الولد منه من وقت العاوق و ثبت لها حق أمة الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه كحكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد لولده (لان كسب الولد كسب كسبه) اذا ولده كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسب ولده وكذلك انا ولدت المكاتب من زوجي فلهذا لا ينفى كتابتها لان حق امتناع البيع ثابت فيما مؤكدا) فصار من الاوصاف القارة الشرعية والاوصاف القارة الشرعية في الامهات (كالتدبير والاستيلاد) والحرية والرق تسرى الى الاولاد فقوله مؤكدا الإشارة الى ذلك احتراز عن ولد الابنة فان بيعها لا يجوز وبيع ولدها لا يجوز لان امتناع البيع في الابنة غير مؤكدا الا باق مما لا يدوم وكذا بيع المستأجرة والجنانية فان الامه اذا انصفت بهما امتنع بيعها الامتنع وبأنشئ لكنه ليس بمؤكدا فقوله الامهات احتراز عن مثل هذين الوصفين وقولهم الشرعية احتراز عن السواد واليباض والطول والقصر

فانما الاتسرى واذا سرت كتابتها الى ولدها لم يجز بيعه كالم يجز بيع أمه قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسرى الى الاولاد ولهذا كان الولد اخلافي كتابة الام وكسبه لها (قوله لان تبعية الام أرجح) اشارة الى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها ما وكسبه لها أي في الدخول يتبعها ما في الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب وانما كان تبعية الام أرجح لانه جزء منها بحيث يفرض منها بالمقراض قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤذيها الى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرار بالقيمة) لانه ولد المغرور ولو جود سببه وهو الغرور لانه ما رغب في نكاحها الانسال حرة الاولاد فيجب عليه قيمة الاولاد والمهر في الحال لو جود الاذن من المولى والا ولاد احرار هكذا في المبسوط وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الاولاد عنده بأخر أداؤها (٢٥٣) الى ما بعد العتق واليه أشار المصنف بقوله (لان حق المولى هناك مجبور بقيمة

ناجرة الخ) ثم اذا غرم القيمة يرجع عليه عنده لان الغرور حصل منها (ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق وهذا لان الاصل في الولد أن يتبع الام في الرق والحرية لكن تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الرجل حرا باجتماع الصحابة) وقد قررنا في التفسير (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجرة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق) فكان المانع عن الاخلاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير اذن المولى) أو باذنه لكنه قال بغير اذنه ليتبين منه ما اذا كان باذنه

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولد ادخل في كتابتها وكان كسبه لها) لان تبعية الام أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال (وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد باذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرار بالقيمة) لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الانسال حرة الاولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية وخالفنا هذا الاصل في الحر باجتماع الصحابة رضى الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجرة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به قال (وان وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة

قط على أن قوله ولا شئ أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتمام على قول أصحابنا جميعا لانه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو ليس بشرط في اعتناق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ألا يرى أن الحر اذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالانزال المزبور بعينيه مع أن الولد هناك ليس بمملوك للاب ملك اليمين ولا ريب وان اراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط في اعتناق الولد أمه عند أصحابنا فان من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولده عند أصحابنا جميعا على ما صرح في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب ان كانت الامه مملوكة له عند الاستيلاء لا لايه فظهر أن قوله ولا شئ أن الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتمام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولد ادخل في كتابتها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ دخل في كتابتها ما وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعها ما في الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدة أن يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى (أقول) ليس

يطريق الاولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة) من غير تأخير الى الاعتناق

هذا

(قوله والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل اذ يجوز أن يقال فائدة ان يعتق بعتقها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلا قال المصنف (وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجرة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فيبقى على الاصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير ان يجب القيمة عند محمد خالفا فنقول ولد المكاتب ليس في معنى الحر لانه انخلق من ماء الرقيق وولد الحر انخلق من ماء الحر فافتقر من هذا الوجه فلا يلحق جلد بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة تأمل (قوله وهذا لان الاصل في الولد ان يتبع الام في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد احرا من زوجين قنين بلا تحرير ووصية وصو رته أن يكون للحر ولده هو فن لا حني فزوج الاب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الامه ولدها فهو حر لانه ولد المولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا على الكلية لانها مقيدة بانتفاء المانع

(وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما اذا كان بغير انته (و) حكم (المأذون له كذلك) فذا كان أو مدبر أو الفرق المذكور في الكتاب تقر به الكتابة أو جبت الشراء والشراء أو جبت سقوط الحد وسقوط الحد أو جبت العقر فالكتابة أو جبت العقر ولا كذلك النكاح وباقى كلامه ظاهرا لا يحتاج الى شرح

فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتبه من المولى) وذلك بأن ادعاه (فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى حقيقة الملك في رقبتهما وله الحق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وانما تخير (لانه تلقتما جهتها حرة عاجلة ببدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لسته أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى (٣٥٣) يملك الاعناق في ولدها) لان الدعوى

من المولى كالنحرير وانه يملك تحرير ولدها من غيره قصدا فلا ن يملك ذلك ضمنا للدعوة بطريق الأولى وقوله (وماله من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى ويندفع به ما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبه ناقص فلا تصح دعواه لان ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكانته بدليل جواز اعتناق المولى مكانته دون المكاتب والمكاتب اذا ادعى نسب الولد من مكانته يثبت نسبه فلا يثبت من المولى أولى (فان اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاه) أى مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها) وعنافها على ما قدمنا) يعنى قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لانه صارت أخص بأجزائها توسلا الى المقصود

وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له (ووجه الفرق أن في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة ونوايعها داخل تحت الكتابة وهذا العقر من نوايعها لانه لولا الشراء لماسقط الحد ومالم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب فى شئ فلا تنظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبه وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل قال (واذا ولدت المكاتبه من المولى فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها تلقتما جهتها حرة عاجلة ببدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعناق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاه لا اختصاصا بها بنفسها وعنافها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكانتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر هذا شئ لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد يعتق أمه وانما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام فى الثاني ولئن سلم تعميم الفائدة وجعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا فذلك الفائدة أيضا وانما تتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافى كون الاول هو الوجه بل يؤيده وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجلة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

فصل مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا فى الشروح (قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها

بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعنى بعد مضى على الكتابة (عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما ذكره فان قيل وجب أن لا يسقط لان الاكساب ههنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أوجب بأن الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لأمه أنه ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها فلا يابطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب علا يشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة علا يشبه الشرط (وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكانتها وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

(قوله تقر به الكتابة أو جبت الشراء) أقول فيه بحث الآن يقال المراد أو جبت صحة الشراء **فصل** واذا ولدت المكاتبه (قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبت له لان للمولى الحق) أقول قوله لان تعليل لقوله أو كذبت له (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظرهما

ولو ولدت ولدا آخر (وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد انما يثبت بالسكوت اذ لم تكن محرم الوطه وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة (٣٥٤) وباقي كلامه ظاهر والله اعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم

ولده جاز لان الكتابة يتوسل بها الى ملك السيد في الحال والحرية عند أداء البدل وحاجة أم الولد الى استفاضة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيره فان كان جائزا لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببديل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت به ما فكتانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهم ما جهتي عتق تلقاها على سبيل البذل وعورض بأن مالبة أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بديل متقوم وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقبة والكتابة لرفع الاول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني والمسلك يجوز أن يقابل ببديل متقوم وان لم يكن متقوما كسلك القصاص اذا عفا بعض الاولياء فانه يقابل حصه الآخرين بالمال (فان مات المولى عتقت بالاسياد لتعلق عتقها بموت السيد

(قوله والعتق الواحد لا يثبت به ما فكتانا متنافيين) أقول ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم وفي العتق بالكتابة تسلم لها الا كساب

بمختلف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البذل) أقول وتوارد عليهما في مجتمع على معلول واحد شخصي لا يمتنع

ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى حرمة وطؤها عليه فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سمي هذا الولد لانه مكاتب تبعها فلومات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها الى استفاضة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقى حاجتها حرية (فان مات المولى عتقت بالاسياد) لتعلق عتقها بموت السيد

التي اشترها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسقط البذل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط الا يرى انه لو قال لا امرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا بطل التعليق فلما عتقت بالاسياد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اختلف في أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلانه قد قرر فيما مر مرارا أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وهما ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البذل وجهة كونها شرط تستلزم سقوطه وهما أي السقوط وعدمه متنافيان قطعلا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي الا لزمين بوجوب تنافي المزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانيا فلان العمل بالشبهين لو تصور وهما فاقعا يتصور عند ثبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكتابة فمعنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاسياد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عملا بشبه الشرط * ثم أقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الثانية بقوله غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان القسح لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفاضة الحرية قبل موت المولى ذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقى حاجتها حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببديل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت به ما فكتانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البذل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت به ما فكتانا متنافيين بأن قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الا كساب بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشبهه أما شقه الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت به ما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بأمومية الولد في الوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في الوازم امر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علته لسقوط المنع عنه وأما شقه الثاني فلانه ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بأمومية الولد فاني مجتمعان معاوان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل

البذل

أقول وتوارد عليهما في مجتمع

وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البديل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة (بالنسبة الى البديل وبقيت في حق الاولاد والا كساب يعتق الاولاد وتخلص لها الا كساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن تبطل بمجرد المكتتب عن ابقاء البديل والثاني أن تبطل بانتهائه بايقائه وبالأول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه - ولأولاده وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا ههنا إلى بطلان الكتابة نظر المكتاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا اليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل - فلعله شديد (ولو أدت المكتابة) بالنصب أي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولوأدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته) وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود مقتضى وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقة لها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم

قال المصنف (غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) أقول قال الاتقاني (٣٥٥) لم يجز فيه الرواية المتصورة ولقائل أن

(وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البديل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولوأدت المكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرناه من الحاجة ولاننا في اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

البديل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) لان الكتابة انفسخت في حق البديل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر في ابقائها حقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم نعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لالهنا لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليم الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد

حكم الام لانه تابع للام حالة الولادة اه كلامه وأنت خير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانها عتقت وهي مكتوبة ومملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا بين في العقود الشرعية فكيف لها نظائر (قوله والثاني أن تبطل بانتهائه بايقائه) أقول فيه شيء فان بالانقضاء تقر ولا تبطل والحق ان بطلان الثاني لحصول المعسول وهو العتق بعلة أخرى فالسعي في ابقائها بعد يكون سعي في تحصيل الحاصل وهذا هو الذي أشار اليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا اليه) أقول وفيه انه ليس في الثاني ابقاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولادة حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم متممة باطالة بالبقاء نظر الها فيليس ابقاءه والابطال في زمان واحد حتى يتناها فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين) أقول اذا كانتا ريتين ولاننا لم ذلك فيما نحن فيه (قوله لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول أراد من قوله هي أولا العتق ومن قوله هي ثانيا البديل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا فقول المصنف اذ الحرية غير ثابتة لتعليل لوجود المقتضى والظاهر انه تعدل لانتفاء المانع فانه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما (قوله وانتفاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

يقول النظر اليها في ابقاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم نعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لالهنا لانها عتقت بالاستيلاء بالكتابة ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا نظرا لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليم الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولد

رقية فلا يدفع الاستشكال بل يزوم إبطال حق الغير بالنظر إلى ملك الرقية ثم قال صاحب العناية ولنا في
 قوله تسلم لها الأولاد أيضا نظرا لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالعمل الذي ذكره لأن الكتابة لو اعتبرت
 مفسوخة أيضا في حق الأولاد يكون النظر لها باقيا لأن حكم ولد أم الولدة حكم الأم لأنه تابع للأم حالة
 الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جدا لأن المراد بالأولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور
 هي الأولاد التي ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج
 الشريعة حيث فسر الأولاد في قول المصنف تسلم لها إلا كسب الأولاد بقوله أي الأولاد التي اشترتها
 المكتوبة في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة إلى التعليل الذي
 ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الأولاد إذ لو اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضا في حق أمثالهم
 لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم آنذاك قطعاً وقال صاحب العناية في هذا المقام
 ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن
 تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن إيفاء
 البذل والثاني أن يبطل بانتهاه بإيفائه وبالأول يعود رقيقاً فإفاده أو كسبه لمولاه وبالثاني يعتق
 هو وأولاده ويخلص له ما بقي من كسبه وحيث احتجنا إلى إبطال الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له
 في الثاني دون الأول صرنا إليه (أقول) لا السؤال شيء ولا الجواب أما الأول فلأن كون الكتابة عقداً
 واحداً لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة إذا كان من جهتين مختلفتين فانهم
 شرطوا في تحقق التناقض أموراً من جهة واحدة والجهة وههنا لم تفتق تلك الوحدة لأن بطلان عقد الكتابة
 من جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الأولاد ولا كسب كما يفصح عنه قول المصنف لأن الكتابة
 انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الكسب والأولاد فلا محذور أصلاً وأما الثاني فلو جوزه
 أحدها أن انتهت الكتابة بإيفاء البذل انما هو تمامها وتقرر ما يجعل أحد طرفي بطلانها مما لا يساعده
 العقل والنقل وثانها أن المكتوبة في مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه إيفاء البذل فكيف يحمل بطلان
 الكتابة في حقها على إيفائه واعتبار غير الواقع واقعا مجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع
 وثالثها أن قول المصنف لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الكسب والأولاد
 ينافي المعنى الذي عساه الشارح المزبور تحقيق كلامه لأنه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة
 بإيفاء تمام البذل يصير تمام الكتابة في حق البذل وفي حق الكسب والأولاد على السواء كما هو
 الحال عند إيفاء البذل حقيقة فلا يكون لا اعتباراً انفساخ الكتابة في حق البذل وبقيتها في حق
 الكسب والأولاد وجه ورابعها أن جل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي نخبره هذا
 الشارح لا يدفع أصل السؤال لأن بطلان العقد على أي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متناهيان
 قطعاً إذا كانا من جهة واحدة وإن صير إلى اختلاف الجهتين لا يبيح احتياج إلى مقدمة من مقدمات
 الجواب المذكور أصلاً ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لأنه علل بطلانه بامتناع
 بقائه من غير فائدة ثم علل بالنظر والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين لأن للكتابة
 جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل فلعلة سديد إلى
 هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضاً ليس بشيء وجوابه ليس بسديد أما الأول فلأن المعلول
 الواحد بالشخص انما لا يعمل بعلمتين مستقتلين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البذل فيعمل
 بهما قطعاً على ما تبين في موضعه والأمر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان أو أدلة
 كذلك فإن المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعمل
 به المطلوب بدلاً عن الآخر وأما الثاني فلأن كون المعلل بالغة الأولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لافنة وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة) وقد أوضح كلامه فتمرض لبعضه زيادة ايضاح (قوله فتخير) لان في التخيير فائدة وان اتخذ الجنس (٣٥٧) لجواز ان يكون أداء أكثر المالكين

أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً (قوله) وجب عليها أحد البدلين فتختار الأقل) قد اعترض عليه بأن الاعناق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بعنف ففهمي حرة وجب عليها أحد البدلين عندهما عتق كلها بالتدبير لعنف بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأن قد حكمتا بجهة الكتابة نظراً لها فتبقيت الثلث فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه وقوله (انه قابل البدل بالكل) لانه أضاف العقد الى ذاتها فقال كانت كل على كذا والحل قابل لها كالفئة فتصير كلها مكانة (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قبله من البدل والالكان ما فرضناه ما غير سالم هذا خلف باطل وقوله (ومصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أو لا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواء فإنه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق وهي المسئلة التي نل هذه المسئلة وقوله (لانها استحققت حرية الثلث ظاهراً) أي مكشوفاً بينا لا يخفى على أحد لان اخرجها عن الملك بتغير الاعناق غير صحيح فان

(وان مات المولى ولا مال له غيرهما فهي بالخيار بين أن تسمى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تسعي في الأقل منهما وقال محمد تسعي في الأقل من ثلثي قيمتها وثاني بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في ثلثي الخيار أما الخيار ففرع تجزؤ الاعناق عندهما لتجزؤ الباقي للثلاث رقيقاً وقد تلقاها جهتاً حرة ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعنف ففهمي حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث ومصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل ثلثي رقبتهما فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل وان قبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادته لانها استحققت حرية الثلث ظاهراً

لان تلك الجهة أن يلزمه ابقاء البدل وقوله لا متناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة يسقط بدل الكتابة عنها وإذا أسقط عنها البدل لا يلزمها ابقاؤه قطعاً فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على ما لها وما عليها سديداً كما لا يخفى (قوله والاعناق عندهما لتجزؤ الباقي للثلاث رقيقاً وقد تلقاها جهتاً حرة ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير) لان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحداً لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين أيسر باعتبار الاجل وأداء أقلهما أعسر لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً كذا في عامة الشروح وعزاه في معراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيه شيء وهو أن الفائدة المذكورة انما تنصور في صورة أن كان البدل المجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة وأما في العكس فلا دلائل أن أداء الأقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الأكثر المجل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة أصلاً لتعين اختيار الأقل لا محالة كما قال صاحباه مع ان الحكم بالخيار يعم الصورتين عنده كما هو الظاهر من طلاق المسئلة في الكتب بأسرها (قوله) وعندهما لما عتق كلها بعنف ففهمي حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير) واعترض عليه بأن الاعناق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعنف بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأن قد حكمتا بجهة الكتابة نظراً لها فتبقيت الثلث فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة (أقول) في الجواب أشكال لان القول بابقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير يناقض قول المصنف وعندهما لما عتق كلها بعنف ففهمي حرة إذ الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فاني تصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقة والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو أبقى حكم الكتابة لا يبق تأجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الاماميين هنا وعندهما لما عتق كله بعنف ثلثه لان الاعناق لا يتجزأ عندهما باطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي أصل المال عليه غير مؤجل الخ ولو أبقى تأجيلها لزم ان لا يتم قوله ما افتتار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير لجواز أن تختار الأكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الأقل المجل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا

(٣٣ - تكلمه سابع)

أعتقها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن

مال تخرج من ثلثه فقد استحققت حرية كلها وان لم يترك غيرها فقد استحققت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعاً

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان اخرجها عن الملك) أقول أي لا الى مالك

(والظاهر) البين (أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة تلحق رقبته فلا يسقط منه شيء ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول بتجزؤ الاعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر انا حكمه تبصحة الكتابة نظرا للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير محرر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظرا له (قوله اذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقفناها (٣٥٨) حرية (ولهما الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة

لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لان النفقة والجنابة على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاختلفوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزؤ الاعتاق (وأما المقدار فتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق له ما بين هذه ومات قدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبته الخ) واذا أعتق المولى مكاتبته عتق باعقائه لقصاص ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل

والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية دلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فاقرقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولهما الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقال لا تسعى في الأقل منهما فاختلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فتفق عليه ووجه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبته عتق باعقائه) لقصاص ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لا تانبقى الكتابة في حقه

هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته) أقول لما منع أن يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقة الخيار أن يحتاج الى استفادة حقيقة ما عابها فتلتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكتب أم واده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعاً لعتقها عند موت مولاهما من جميع المال دون ثلثه فاذا أجاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما يستحق حريته كلالا احتياج الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلا ن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حريته بعضها تلك العلة بعينها الاولى كما لا يخفى فليست أملا واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتشبه على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق أه (أقول) ذلك سافط لا لانا لنسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان بحرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله وبسعيان في ثلثهما اذا لم يكن له مال غيره مما بالاجماع وثبتت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحققت حرية الثلث ظاهرا هو انها استحققتا مجعانا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين

الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه وبقوله يفسخ برضا العبد) والزم كان لتعلق حقه فاذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كالوفاة المولى أو أجزره برضاه (والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضى به يبدل فلا بدل يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لا تانبقى الكتابة في حقه) اشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببطل نظرا الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منها لجهل وجهه ان الاكساب سالمة لا تانبقى الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحينئذ صار الظاهر كالتحقق الواقع فيعتق باعقائه

قال المصنف (والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الخ) أقول لا يتشبه على أصل أبي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق

(وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز استحسنانا والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عماليس بمال) باهو مال (لأن الاجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الاسقاط (٣٥٩) انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن

مستحقا ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله (وجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به البدل الا به فاعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكذا اعتياضا عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ربا (وفيه بحث لأن المال ما يتول به وهو يعتمد الارزاء وذلك في الاجل غير متصور ولأن قوله فاعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظا ومعنى أما لفظا فلأن أعطى متعد الى مفعوليه بلا واسطة

(قوله لأن هذا الصلح اعتياض عماليس بمال بما هو مال) أقول أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة (قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عماليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن يقال ذلك

قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز) استحسنانا وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به وبقوله والظاهر أن الانسان لا يلزم المال بمقابلته ما يستحق حر به هو أن الانسان لا يلزم المال بمقابلته ما يستحق حر به مجانا بخلاف ما لا يستحق حر به أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فانه يجوز له أن يلزم المال بمقابلته ولا يخفى أن هذا المعنى يقتضي على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا تفكر تفهيم (قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عماليس بمال بما هو مال لأن الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اه كلامه وقال بعض الفضلاء أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عماليس بمال بما هو مال ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه (أقول) ليس ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصله فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لأن ذكر العوض بطريق الاصله وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا أورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله وقالوا خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصله النكاح والطلاق والعناق على مال فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصله اه ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليجوز لأن الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا اه وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجل اه (أقول) ليس هذا بسد لان المستحق في كل منهما هو المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط شيء مجمل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء بعضه الاخر فان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا فلا يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء بعضه الاخر لأن الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا لكان أظهر لأن تأثير قوله والمجمل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لأن المجمل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض واستيفاء البعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اه (قوله) وجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به قال بعض العلماء

على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج الى قوله واذا لم يجز ذلك فانه اذا لم يجز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلته الاجل (قوله لأن الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا) أقول لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجل وكلام العاقل يجب صونه عن الالغاء فالمكاتب يعتبره مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا بعض حقه وهو خمسمائة (قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال

وقد استعمله باللام وأما معنى فسلاته قال الاجل في حق المكاتب مال من وجهه فان أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجهه فان
 الاعتدال اذ الدين مال من وجهه وان أراد حكم المال من وجهه فهو تحصيل للخاص والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتمول به ويجوز
 صحيح اذا كان لا من كل وجهه وليس مانحن فيه كذلك وانما المراد به هنا وسيلة الى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم
 لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم وضمن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبار الاجل حكم المال فان الشيء يجوز أن يكون
 جهة في شيء ولا يكون معتبرا في شيء أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيا للعقد ونظر المكاتب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان
 وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه لما تقدم ان له شبهة بالعليق بالشروط فيكون من هذا الوجه عينا والجل ربان من كل وجهه
 ففيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا يعتبر بها بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجهه فكان
 ربا والجل فيه شبهة لاشبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز
 الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم أن يردوه دفعا لضرر تأخير حقهم الى مضي الاجل عن أنفسهم (فان المكاتب
 يؤدي ثلثي الافين حالا) وهو ألف وثلثمائة (٣٦٠) وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم (والباقي) وهو ستمائة وستة وستون درهما

وثلاثة درهم (الى أجله أو يرد
 رقيةا عند أبي حنيفة وأبي
 يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي
 ألف حالا والباقي الى أجله
 لانه أن يترك الزائد على
 قيمته) ومن له ترك شيء ترك
 وصفه والتجمل وصف فيجوز
 تركه (وصار) ذلك (كما اذا خالع
 المريض امرأته على ألف الى
 سنة جاز لان له أن يطلقها
 بغير بدل) ولو قال لان له أن
 يترك الزيادة وثلث الالف
 فله أن يؤخرهما ما كان
 أحسن فتأمل (ولهما ان
 جميع المسمى بدل الرقية)
 بديل جريان أحكام
 الابدال من جواز المراجعة
 على الالفين وجواز الحبس

فأعطى له حكم المال وبذل الكتابة مال من وجهه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا ولان
 عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه والجل ربان من وجهه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقدين
 الحرين لانه عقد من كل وجهه فكان ربا والجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفي
 درهم الى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى
 أجله أو يرد رقيةا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله) لان له
 أن يترك الزيادة بأن يكتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة
 جاز لان له أن يطلقها بغير بدل ولهما أن جميع المسمى بدل الرقية حتى أجرى عليها أحكام الابدال
 وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذلك بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع
 لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل وتظهر هذا اذا باع
 المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للشئ أدنى
 جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه
 لما بينا من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة يقال له أدنى القيمة
 حالا أو يرد رقيةا في قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيها

فيه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالية فليتأمل اه
 (أقول) هذه المناقشة انما تظهر ان لأردوا بنى القدرة على الاداء لا بنى القدرة الممكنة وهي أدنى
 ما يتمكن به من الاداء وأما اذا أرادوا بذلك بنى القدرة المبسرة وهي ما وجب اليسر على الاداء كما هو

على المأطلة والاختبالشفعة فانما يتعلق بجميع المسمى وهو الالفان وبدل الرقية يتعلق به حق الورثة لتعلقه
 بالمبدل فان المبدل لما كان متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للريض اسقاط ثلثه
 فيجوز تأجيله لانه اسقاط معني بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل
 اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يجز المشتري بين ادائه ثلثي
 جميع الثمن حالا والثلث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى يعني الدليل من الطرفين
 (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقيةا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر) وهو اسقاط
 ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الالف الاخرى (فاعتبر الثلث فيها) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما
 سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير

(قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كما في ردف لكم (قوله لما تقدم ان له شبهة) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع
 المنافي كما عله غيره (قوله فيكون من هذا الوجه عينا) أقول اليمين أيا من العقود (قوله بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من
 كل وجهه) أقول ونخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فليتأمل (قوله والاختبالشفعة) أقول فيه شيء والامر سهل

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقد تم أحكام الأصل لان الأصل في تصرف المرء أن يكون بنفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم الخ) قال في الجامع الصغير وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً يعني ان هذا العقد نافذ في حق مالك العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداءه هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البذل لانه عقد جرى بين فضولى ومالك فيتوقف على إجازته من له الإجازة فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً لان الإجازة في الانتهاء كالإذن في الاستدأول وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه فكذا إذا أجاز بعد العتق (٣٦١) وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم

باب من يكاتب عن العبد

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فان أدى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً لان الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ولم يقل على أني أن أدبت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لانه لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لانه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبده آخر لمولاه وهو غائب فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحساناً وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها يتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت الظاهر فلا يكون للناقشة مجال لظهور أن اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه يخرج عن يد المولى مفعلاً فيمتنع الناس غالباً عن اقرضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جداً بدون الاجل وان أمكن في الجملة على ان المصنف وأضرابه لم يتشبثوا في تعليق صحة الكتابة الحالية عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبذل معقوده فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ومتى امتنع من الاداء في الحال برد الى الرق اهـ فليتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالية بقدر والله أعلم

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقد تم

البذل لا يرجع على العبد لانه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في أدائه وهل له أن يسترد ما أدى الى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبداً آخر لمولاه الخ) اذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحساناً وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت

باب من يكاتب عن العبد

(قوله ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الاظهر ان يقول بالتبعية وانما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب (قوله فان بيع الفضولى يتوقف على إجازة المحيز فيما له) أقول كسبوت المثلثة

دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس مانع فيه كالمشهد بهم الان الاولاد تابعة لها من كل وجه حتى ان المولى لو أعتق الاولاد لم يسقط من البدل شيء ونعتق الاولاد اذا أعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فإنه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد اليه مقصوداً حتى ان المولى اذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكتوبة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو متبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجهه بلا توقف فالجواب أن ما ذكرنا يجوز أن يكون وجه القياس وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظري أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحح العقد ونظر للكتاب ولا شمله على المسامحة واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يفرد به الحاضر فله أي فله مولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلاً فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرر لانه قال في أول المسئلة فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا لكنه أعاده تعهد القول (ويجوز المولى على القبول أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب) القياس فيه أن لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة (لانه ينال شرف الحرية وصار كغير الرهن اذا أدى المرتهن) لفكالك عنه (يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى ديناً عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر اليه) ومثله أيضاً لا يرجع فان قبل الغائب ههنا كغير الرهن (٣٩٣) ومعه الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطر اليه فالجواب

دخول أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يفرد به الحاضر فله أن يأخذ بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلاً فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه قال (وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فسلان البدل عليه وأما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كغير الرهن اذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء) لما ينال (فان قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تغير بقوله كمن كف عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كانت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جاز وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما ينال في المسئلة الاولى

أنه كهو في حق جواز الاداء من غير دين عليه لافي الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الرجوع لا يسمى خسراناً فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فات لولم يؤد فكان مضطراً أوجب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به (وليس للمولى أن

يأخذ الغائب بشيء لما ينال) انه فيه تبع (فان قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لردده وقبوله في ذلك (لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تغير بقوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (كمن كف عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الأمة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وانما وضع المسئلة في الأمة إشارة الى أن الحكم في العبد والأمة سواء فانه لو وضعها في العبد لرعايته ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليها فلا يجوز ذلك في الأمة لعدم ولايتها اذا لام الحرية لا ولاية لها فكيف بالأمة (وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما ينال في المسئلة الاولى) وذلك ان الام اذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها وكل من الولدين ان أدى فهو متبرع غير مضطر وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الاخر لانه لا أصالة بينهما ولا تبعية فالجواب ان أحدهما اذا أدى كان أدائه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا كذا اذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى

(قوله وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظري أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحح العقد) أقول قوله تصححاً ناظر الى قوله فالنظر والضمير في قوله فيه راجع الى البعض (قوله ولا شمله على المسامحة) أقول عطف على قوله تصححاً (قوله في انعقاد العقد عليه) أقول الضمير في قوله عليه راجع الى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البدل شيء (قوله فان قيل حق الحرية الى قوله أوجب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به) أقول الضمير في قوله بأنه راجع الى قوله حق الحرية والضمير في قوله به راجع الى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكلا

(قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يريدان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي أولى وأقول لعله إشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ (٢٦٣) أن ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق والله أعلم

وهي أولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما صاحبه أن يكتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالاهو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما الشريك لصاحبه أن يكتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة وقالاهو مكاتب بينهما أدى فهو بينهما)

باب كتابة العبد المشترك

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الاظهر ان يقال ذكر

كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر وانما قلنا الاظهر ذلك لان مقصود الباب بيان حال (قوله واذا كان العبد بين

أحكام الاصل لان الاصل في تصرف المراء أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعله إشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز ههنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعاً لالام في الكتابة مطلقاً كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس يتام لان تبعية الولد لالام في الكتابة مطلقاً انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشتترته في حال الكتابة لافي الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خبراً ولا شك أن وضع مسئلتنا هذه في كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا تصوره ههنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فنقل هذه التبعية محققة في المسئلة الاولى أيضاً بل تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لانها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتب على أولادها كتبوها على نفسها فليس يصح اذ قد صرحوا فاطبة بأن الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد لم يمتثلوا لهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليهم فلا يعلم تساوى العبد والامة في حكم هذه المسئلة

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتم في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تأمل توقف (قوله واذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى اه (أقول) وجهه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يتم

كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحداً كما في المسئلة الاولى على مذهب أبي حنيفة أو اثنين شريكين) أقول اي بين رجلين

وأصل هذا الاختلاف ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كالاتفاق لانها تنفد الحرية من وجهه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما تكون فائدة انتفاعها كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعتراض بأن الكتابة اما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشرى يكن بغير اذن صاحبه ليس للاخر ولاية الفسخ فن أن الكتابة ذاك وأوجب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشمل عليها فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ بمعنى يوجب وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشرى بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم المحل وهو الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ براضيه ما فتحقق المقتضى وانتفى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يطل على صاحبه بيع نصيبه والاتفاق والتعليق وان كان فيه ماضر ولكن المحل لا يقبل الفسخ أما الا اعتاق فقطاهر وأما التعليق فلانه عين (قوله واذنه له قبض البدل) بيان (٣٦٤) لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء

من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه أى على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد أى فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشرى كما اذا تم تبرعه بقبض الشرى لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع عن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلكت المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري أوجب بأن

وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تنفد الحرية من وجهه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له قبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد التجزؤ

ما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شرى يكتفي بتنظيم الكل لما يجع عمل الشرى كفعلا بمعنى مفعول من شركه في كذا فان كلاما من المتشاركين في أمر شارك فيه ومشركه والفعل بمعنى المفعول يستوى فيه المذكر والمؤنث أو بصيرورة لفظ الشرى من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جاءوا التوابع جمع تابع من هذه الحينية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ نسخة بين شرى يكتفي حيث قال قال واذا كان العبد بين شرى يكتفي فسر بعض الفضلاء قوله شرى يكتفي برجلين حيث قال أى بين رجلين (أقول) هذا أمر عجيب اذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ههنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشرى يكتفي مطلقا تغليب المذكر على الاناث لكان له وجهه وجبه لا قضاء المقام اياه فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تنفد الحرية من وجهه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كالاتفاق لانها تنفد الحرية من وجهه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة

المتبرع عليه هو المكاتب من وجهه من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد التجزؤ صار عده من وجهه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لو جوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده وله ما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف وهو أى البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد التجزؤ كالأمر بكتابة ففجز وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قوله ما حيث أخره

(قوله والاذن لا يفيد) أقول أى على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ بمعنى يوجب وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشرى بالكتابة) أقول قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله ببطلان متعلق بقوله الضرر وقوله للشرى متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق المقتضى) أقول بمعنى الحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول بمعنى عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيها ماضر) أقول فلم يتحقق فيها المقتضى (قوله أما الاعتاق فقطاهر وأما التعليق فلانه عين) أقول فلم يتحقق فيه المانع (قوله وهو أى البدل) أقول والعقد أو المكاتب وبؤيده قوله وقال هو مكاتب بينهما (قوله وكان المصنف مال الى قوله ما حيث أخره) أقول فيه كلام لانه أبى عنه ترجيح قول أبى حنيفة في كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم ووطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه أي صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كلها الاول بطريق التبين لأنه لما ادعى أحدهما الولد الاول صحت دعوته لقيام الملك له فيه (٣٦٥) وصار نصيبه أم ولده بناء على أن

الاستيلاء في المكاتبه
يجزأ عند أبي حنيفة رحمه
الله لأنه لا وجه لتكميل
الاستيلاء بالتملك نصيب
صاحبه والمكاتبه لا تقبل
النقل من ملك إلى ملك
فتقتصر أمومية الولد على
نصيبه كافي المدبرة المشتركة
فإن الاستيلاء فيها يجزأ
بالاتفاق والجامع أن كلا
من الكتابة والتدبير يمنع
الانتقال من ملك إلى ملك
ولا وجه لفسخ الكتابة
لأن المكاتبه قد ترضى
بحرية عاجلة بجهة الكتابة
ولا ترضى بحرية آجلة بجهة
الاستيلاء فإذا لم يتمحض
الفسخ منفعة لا تنفسخ إلا
بفسخ المكاتبه وإذا ادعى
الثاني ولدها الآخر صحت
دعوته لقيام ملكه ظاهرا
وإنما قيد بقوله ظاهرا لأن
الظاهر - أن غرضي على
كتابتها فكان ملكه باقيا
نظرا إلى الظاهر ثم إذا عجزت
بعد ذلك جعلت الكتابة
كان لم تكن وتبين أن
الجارية كلها أم ولد الاول
لأنه زال المانع من الانتقال
ووطؤه سابق ويضمن
نصف قيمته لأنه تملك نصيبه
لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم ووطئ الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد الاول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولده لأن المكاتبه لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كافي المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة مكان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد الاول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد

وإنما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه اه كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة أي على مذهبهما اه (أقول) هذا خبط ظاهر لأن الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعاً لا يرى إلى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسئلة أن الاذن بكتابة نصيبه أذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد التجزؤ اه ولعل قوله على مذهبهما وقع سهواً من قلم النافع وكان الصحيح على مذهبه ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتام قال وكان المصنف مال إلى قوله ما حيث أخوه اه وقال بعض الفضلاء فيه كلام لأنه بأي عنقه ترجح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق اه (أقول) الذي مر في كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسئلة الاعتاق ترجيحه في مسئلة الكتابة ممنوع سيما إذا كانت كتابة أحد الشر بكن باذن الآخر كما نحن فيه فنأين يثبت الإباء ولو سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كتابة المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجح قوله هنالك لم يكن بالتصريح به بل أعاناهم من تأخير دليله في البيان وقد عكس الأمر ههنا فقههم منه ترجيح قولهما بالأحالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الاول كما هو الخاص في أمثال هذا فلا محذور تدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذلك الإنبها وأجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لأن ما ذكره المصنف فيما سياتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة يناق هذا الجواب قطعاً ثم قال صاحب العناية وقبل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على أحدهما فكان حراً بالقيمة انتهى وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم لما يمتها انتهى (أقول) لا ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد فإنه وإن أسلفه هنالك تبعاً لصاحب النهاية الآن المصنف صرح هنالك بتحقيق

(٣٦ - تكمله سابع)

عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصاً ويبقى الاول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد

(قوله أي صحت دعوته وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أي صحت دعوته أيضاً) أقول فيه بحث أيضاً (قوله لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتبه) أقول دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسئلة

ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فإنه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حرا بالقيمة على ما عرف وأما بالنظر الى الحقيقة فلزوم كمال العقر لانه وطئ أم ولد الغير حقيقة فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد لالاول عند أبي حنيفة لان حكم ولد أم ولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذلك لانها أجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما فكان حرا بالقيمة وأيهما دفع العقر الى المكاتبه يعني قبل الحجر جاز لان الكتابة مادامت باقية حتى القبض لها الاختصاصها بمنافعها وأبد الها واذ عجزت رد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد لالاول وهي مكاتبه ويعتق بأداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولده لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاء طلب الولد وأنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذلك ما ثبت به ولهذا لا يكمل في القنة بالاجماع وقد أمكن ههنا بفسخ (٣٦٦) الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكمilla للاستيلاء فيمالاتنضر ربه المكاتبه وهو

أمومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم يتبق محلا للاستيلاء بالبيع والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلا لأي فيما وراءه لا تنضر ربه وهو كونهما أحق بأكسابهما أو أكساب ولدها (قوله بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة ووجه اننا قلنا ان أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا إمكان ههنا لان التدبير غير قابل للفسخ فإذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاء الاول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاؤه (قوله وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال ههنا ففسخ الكتابة في ضمن صحة

ويكون ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حرا بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر الى المكاتبه جاز) لان الكتابة مادامت باقية حتى القبض لها الاختصاصها بمنافعها وأبد الها واذ عجزت رد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هي أم ولد لالاول ولا يجوز وطء الآخر) لانه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولده لان أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تنضر ربه المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتب

الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد أيضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى والجواب بهذا الجواب الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهو المذكر في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن أبي حنيفة في حق أم الولد أو ما صاحب العناية فليس يعيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال ههنا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاء ووجه الجواب أن في تجويز البيع ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتب ولو ابطالناها تنضر ربه المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ههنا ما عليه جمهور الشراح في جعل مراد المصنف بكلامه ههنا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بقاء قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى الكلام المصنف ههنا يقول قال ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت

البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاء ووجهه ان في تجويز البيع ابطال الكتابة انتهى اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتب ولو ابطالناها تنضر ربه المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ويجوز أن يكون بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتضرر به وان كان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت (قوله ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أي ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم ولد حكم أمه) أقول سبق في هذه الكراسة ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احدهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فانفتحت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم لمايتها قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبه المقرضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع

(قوله واذا صارت كلها أم ولده) متصل بقوله صارت كلها أم ولده وتفسيره انه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولاد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انهما مكتوبة بينهما ما يدل ما ذكره أبو حنيفة انها تبقى مكتوبة بينهما فيما تنضرب به للإجماع على ما ذكرناه ولا حد على وطئها مكتوبة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين وقوله (واذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه وتقريبه وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكتوبة له أي لا الاول قيل هو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا تنضرب به المكتوبة ولا تنضرب بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة تكيل الاستيلاد والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وقوله (وفي ابقائه) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تنضرب به المكتوبة وهي لا تنضرب بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ ووجهه ان في ابقاء عقد (٣٦٧) الكتابة في حق نصف البدل نظرا

للولي وان كانت لا تنضرب المكتوبة بسقوطه فربحنا جانب المولى لان الاصل في الكتابة عدم الفسخ (والكتابة هي التي تعطى العقر لا خصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى ان ظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكتوبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكتوبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما يجب أقلهما انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكتوبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله) ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكتوبة الى قوله فلتردد بينهما يجب أقلهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبة عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكتوبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما يجب أقلهما

واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولاد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لان الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكتوبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تنضرب به المكتوبة ولا تنضرب بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تنضرب المكتوبة بسقوطه (والكتابة هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى ان ظهور اختصاصه على ما بينا قال (ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكتوبة) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكتوبة فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك (وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما يجب أقلهما انتهى (أقول) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكتوبة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه (أقول) أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك (قوله) ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكتوبة الى قوله فلتردد بينهما يجب أقلهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكتوبة عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكتوبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما يجب أقلهما

وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكتوبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلتردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاد فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشتركة اذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكتوبة وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكتوبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه

(قوله انها تبقى مكتوبة بينهما) أقول بخالف لقوله وهي مكتوبة له (قوله قيل هو جزاء اذا بقيت) أقول قوله هو راجع الى قوله قبل (قوله) على ما بينا (أقول يعني في شرح قوله وتبقى فيما وراءه) (قوله في تعديل قول أبي حنيفة) أقول فيه بحث والاولى أن يقال في تعديل القولين

قال (واذا كان الثاني لم يطاها ولو يكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لانه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدات كلها قبل العجز وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه بالعجزتين أنه تلك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهي أم ولد الاول) لانه تلك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لانه تلك نصفها بالاستيلاء وهو تلك بالقيمة (والولد الاول) لانه صحت دعونه لقيام المصحح

(واذا كان الثاني لم يطاها) ولو يكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدات كلها قبل العجز وأما عنده فلا نه بالعجزتين أنه تلك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه أي التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك) فلا يصح بدونه (بخلاف النسب) فانه ثبت من الثاني ان وجد الوطء منه (لانه يعتمد الغرور) لا الملك (وهي أم ولد الاول) لانه تلك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (يعني في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله وتبين ان الجارية كلها أم ولد الاول لانه زال المانع من الالتئام) (ويضمن لشريكه نصف عقرها لو طئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تلك نصفها بالاستيلاء وهو تلك بالقيمة والولد الاول لانه صحت دعونه لقيام المصحح) وهو الملك في المكاتب

لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو يق من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد علمكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا أوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشتركة اذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمته مكاتبته وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الأقل من نصف قيمتها مكاتبته ومن نصف ما بقي من البذل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب الغنايه (أقول) هذا شرح فاسد وتحرير مختل أما أولافلان قوله اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبته عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش اذ قد صرح في عامة المعنرات حتى الهداية بنفسها فيما سمي أي بعد نصف صفحة بأن قول أبي يوسف في تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبان كان موسرا ويسمى العبدان كان معسرا بناء على انه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن المجائب قول صاحب الغنايه في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار اذ لا يشترطه على أحد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك أولم يقول صاحب الكفايه بعد شرح قول المصنف هنا لانه ضمان تلك فأما اذا اعتقها أحدهما أولا كان هذا ضمان افساد الملك وأما ثانيا فلان قوله هذا قولهما في المكاتب المشتركة اذا اعتق أحدهما نصيبه بدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشترك اذا اعتق أحدهما نصيبه مع أن ما نقله عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتب المشتركة اذا علمكها أحدهما بالاستيلاء وأما ثالثا - لانه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول أبي يوسف ومحمد ما حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمته مكاتبته وعلى قياس قول محمد يضمن الاول الأقل من نصف قيمته مكاتبته ومن نصف ما بقي من البذل انتهى مع ان كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما سألني صريح في أن محمد مع أبي يوسف هناك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبان كان موسرا دون الأقل منها ومن نصف ما بقي من البذل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان في مسئلة اعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما أحدهما ما ذكره المصنف فيما سألني والاخرى ما يوافق قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاء وبذل عليه ما ذكر في بعض الكتب العترة كالكا في البدائع فان المذكور فيهما في مسئلة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الاخرى وهي ضمان الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم مساعده كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي أقحمه في لفظ الجامع الصغير ههنا الى قولهما معا * ثم أقول الوجه عندي أن يكون مراد المصنف ههنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاء على

(وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهما ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للدبر فها فلا يصح تدييره وقد ذكرنا ايضا من قوله (ووجهه ما بيننا) أى فى تعليل القولين أما طرف أبى حنيفة فقد ذكرنا أن نفا من قوله وتبين ان الجارية الخ وأما طرف فهمافه وقوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده الخ (وان كانا كاتباهما ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليه عند أبى حنيفة وقال لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت فى الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه) أى فى اعتناق أحد الشريكين القن (على هذا الخلاف فى الرجوع) فان عند أبى حنيفة اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع عليه (وفى الخيارات) عند أبى حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ان شاء أعنى وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار (وغيرها) يعنى الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبى حنيفة ان أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق فى الوجهين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانهم لا يريان الاستسعاء (٢٦٩) مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا

يضمن نصيب الساكت وان كان معسرا سعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة رضى الله عنه يراه (كما هو مسئله تجزؤا لاعتناق كما تقر فى العتاق) هذا اذا عجز (وأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة) خلافا لهما وهو واضح ومبين أياضا على تجزؤا لاعتناق وذلك (لان الاعتناق لما تجزأ عنده لم يظهر افساده نصيب الساكت ما لم يجز فان أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالكاتب) وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما هو جب ذلك فى القنة فيوجب الضمان

وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بيننا قال (وان كانا كاتباهما ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليه عند أبى حنيفة وقال لا يرجع عليها) لانها لما عجزت وردت فى الرق نصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف فى الرجوع وفى الخيارات وغيرها كما هو مسئله تجزؤا لاعتناق وقد قررناه فى الاعتناق فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة لان الاعتناق لما كان تجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكتوبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمن اعتناق فيختلف باليسار والاعسار قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذى دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله)

قياس قوله فى مسئله الاعتناق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله فى تلك المسئلة يرشد الى هذا المعنى قطعاً أسلوب تجزؤا المصنف حيث قال فى قياس قول أبى يوسف وفى قول محمد زيادة لفظ قياس فى الاول وحذفه فى الثانى تدبر ترشد (قوله وهذا قولهم جميعا) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهما ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للدبر فها فلا يصح تدييره كذا فى العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغى أن يعلم كما عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى (أقول) يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه فى نصف الرقبة على اعتبار العجز وفى نصف البدل على اعتبار

(وعندهما لما لم تجزأ اعتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمن اعتناق فيختلف باليسار والاعسار) قال (واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ) واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتناقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبى حنيفة

(قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول فيه أنه ينبغى أن يعلم كما عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل (قوله لان الاختلاف) أقول يعنى بين أبى حنيفة وصاحبيه (قوله وغيرها الخ) أقول معطوف على قوله وفى الخيارات وقوله وفى الخيارات معطوف على قوله فى الرجوع (قوله يعنى الولاء وترديد الاستسعاء) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق قال المصنف (واذا كان العبد بين رجلين) أقول ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك وانما ذكرها استطرادا

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لان هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة وان عجز المكاتب عن نجم (نظرا لما حكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يجعل بتعجيله وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظر اللجانين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كما هال الخصم للدفع) فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوما ويومين وثلاثة لا يزداد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهم السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك قد مر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كما هال يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوما أو ثلاثة أيام فانه مهل ولا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول على (٢٧١) رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب

نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه ولقائل أن يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يقيد الوجود فقط والجواب ما أشار اليه في الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق (ولان عقد الكتابة عقد ارفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا ارفاق في الطاب عنده (فلا بد من امهال مدة ارفاقا وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فان مضى النجم الثاني ولم يؤد المال تحقق العجز عن

قال (واذا عجز المكاتب عن نجم) نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يجعل بتعجيله وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظر اللجانين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كما هال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول على رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه به هذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجلا وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسار أو اولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا الان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الامكان الاداء فلم يكن تأخيرا

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لان هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كما هال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية والمديون بالجر معطف على كما هال (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً لاشك أن المديون معطوف على الخصم والمعهني وكما هال المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شيء وهو أن دليلهما هذا لا ينشئ في صورة أن عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقت عليه بعد أن أدى سائر النجوم بأسرها اذا لا يلزمه حيث نسوي أداء نجم واحد حتى يجمع عليه نجمان عند أمهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حيثئذ أن يؤدي نجماً واحداً في ضعف مدته ولا ريب أنه أسره كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية انتهى (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد انظار ان من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبر ان في قوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى

أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما أن سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا) أي كون العجز سبباً للفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى أي فيفسخ المولى الكتابة اذا لم يكن راضيا وأن يكون للقاضي أي فيفسخ القاضي اذا لم يكن المولى راضيا بدون ذلك النجم على اختلاف الروايتين فان المكاتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الامكان الاداء فلم يكن تأخيرا)

(قوله والمديون بالجر معطف على قوله كما هال) أقول فيه مسامحة لظهور انه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت) أقول يعني باقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله قال المصنف (لان من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية

(قوله والا^١ نار متعارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه وبين ذلك أنه روى عن ابن عمر أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها إلا^٢ نار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت وبصار الى ما بعدهما من الحجّة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سماعا عن المعارض لأن دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان) المراد بالاختلال ههنا ترك أداه وتلفيقه بدل الكتابة في الوقت الذي انتفع قاعلي تعيينه في أدائها فإذا أخل بهم^٣ ذا التعيين بنجم عند غير السلطان أى القاضى (فجـ زفرده مولاه برضاه كان جائزا لأن الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى وإن لم يرض به العبد (٣٧٣) لابد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الإبطال بالفراده

والا^١ نار متعارضة فإن المروى عن ابن عمر رضى الله عنهم أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها قال (فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز زفرده مولاه برضاه فهو جائز) لأن الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرذيل العيب بعد القبض قال (وإذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق) لانفساخ الكتابة (وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه) لانه ظهر أنه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف قال (فإن مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزئه من أجزائه حياته وما بقى فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول على وابن مسعود رضى الله عنهم ما وبه أخذ علماء نازحهم الله وقال الشافعى رحمه الله تبطل الكتابة ويعتق عبدا وما تركه لمولاه وأما ما في ذلك زيد بن ثابت رضى الله عنه

تكون الجملة شرطية (قوله والا^١ نار متعارضة فإن المروى عن ابن عمر رضى الله عنهم أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على رضى الله عنه بأن الأثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهم ما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أى بالا^٢ نار للتعارض لأن الا^٣ نار اذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصار الى ما بعدهما من الحجّة فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سماعا عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح (أقول) هنا اشكال لأن ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرح جوابه في كتب الاصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية في الاربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال إن الا^٤ نار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدهما من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقررت في الاصول أيضا أن القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما روينا من حديث ابن عمر كما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أن ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس انتهى فإذا تعارضت الا^٥ نار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقررت في الاصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذى مرجعه الى القياس بحجة له ما في اثبات ما ذهب اليه في جواب هذه المسئلة فليستأمل (قوله وقال الشافعى تبطل الكتابة ويعتق عبدا وما تركه لمولاه وأما ما في ذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه)

(نام) ليس فيه خيار شرط وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج الى الرضا أو القضاء كالرذيل العيب بعد القبض) وقد تقدم أن فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء ووجهه أن هذا عيب يمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لأن تمام الكتابة بالأداء وتام العقد قد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشبهه بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهذا ينفسد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا قال (وإذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وأما قال ظهر لأن كسبه كان موقوفا عليه أو على مولاه) لانه أن أدى بدل

الكتابة فهو له والا لمولاه (وقد زال التوقف) قال (فإن مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعقده في آخر جزئه من أجزائه حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول على وابن مسعود رضى الله عنهم ما وبه أخذ علماء نازحهم الله وقال الشافعى رحمه الله تبطل الكتابة ويعتق عبدا وما تركه لمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه

(قوله لأن دليل أبي يوسف) أقول يعنى دليله المعقول (قوله وتام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة أحكامه الحرية رتبة عند الاداء

واستدل بذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد المات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بعمل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والفرض عدمه فلازم وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه وبيان أن هذا النص في الحال معلول وبيان ما عيى هذا الوصف عن غيره وبيان صلاحه بعلامته للعلل المنقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدالته بظهور أثره في جنس الحكم للعلل به وغير ذلك (٢٧٣) من شروط القياس فان تعذر

ذلك فارجع الى الاصول الجديدة بادعاء إضافة الحكم الى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعاء الإضافة الى المختص في هذا الموضوع وأمثلة فان يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجشوع على الركب بحضرة المحققين فذلك التور العظيم قدره والا فابالله ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهة الذي ظهر عنده دوى التحصيل عذره وألحق بالآخرين أعمال الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا (قوله بل أولى) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقل لان العقد يبطل بموت المعقود وعليه وهو المكاتب دون العاقل

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما أن يثبت بعد المات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحل ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق بل أولى لان حقه أكد من حق المولى حتى لم العقد في جانبه والموت أنى للمالكية منه للمالكية

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل قال صاحب العناية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة بموت عبيدا أو ماتر كنه فلولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشرع لدلالته على انه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشرع فان الواو في قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لدعاء بالمعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وأما ما في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال لا أثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشرع في حاصل المعنى كما ترى ثم إن ذلك البعض قال والموافق للمشرع فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشرع على تحققي الواو والعاطفة في المشرع وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو والعاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشرع وموافقة هذا الآية وأيضا ان الغاية في قوله فتبطل الكتابة بما لا محالة في المشرع كما لا يخفى على الفطن النانق في عبارة المشرع (قوله بل أولى لان حقه أكد من حق المولى) قال صاحب العناية قوله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقل لان العقد

(٣٥ - تكملة سابع) ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقل هذه الناحية والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع أما المقتضى (لان حقه أكد من حق المولى حتى لم العقد في جانبه) وأما المانع فلان (الموت أنى للمالكية منه للملكية) فان الملكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه مجردا عن حقيقة وفي الملكية ضرب قوة والموت ينافيها

(قوله واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) أقول لا يطابق المشرع لدلالته على أنه استدل بأثر زيد بن ثابت بالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشرع فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشيء لم يثبت بعد) أقول بل هو مستند للثبوت في الحال على ما علمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقل) أقول هذا لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التنزي (قوله والحاجة الى ذلك بعدم موت المكاتب أدعى) أقول اني في قوله الى ذلك متعلق بقوله أدعى وأشار بقوله ذلك الى القيام والمعنى والحاجة الى البقاء أدعى الخ

(فينزل حياته تقدير) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) فان قيل يلزم تقدم المشرط على الشرط أجاب المصنف بقوله (ويكون أداء خلفه كآدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتيق يتقدم على الاداء بل بقدر الاداء قبل العتيق ولم يتعرض بأن المكاتب ليس يعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد

(٣٧٤)

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء ثبت ثم يستند قلنا الاداء ثابت في الحال فان أداء خلفه كآدائه فيستند الى ما قبل الموت وثبوت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثاني من الترديد وضافة السبب الى الاداء ببيان أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لانفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسما بآبائنا في الحال بل عند وجود الشرط فاذن أسند الاداء الى ما قبل الموت فتأمل مر اجعنا الى شرح الاتفاق ثم اعلم أن الاستناد أن ثبت الحكم في الزمان المتأخر ورجع القهقري حتى يحكم بنبوته في الزمان المتقدم كدافى التوضيح في فصل المأمورية فوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء

فينزل حياته تقدير) أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كآدائه وكل ذلك يمكن على ما عرف تمامه في الخلافات

يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعدموت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعدموت المكاتب أدعى من حيث المقضى والمانع الخ (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو مجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجوز كونه جوابا باعيا يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب بموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية البدل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا المنع ذلك قط ولا لبيان ان المعقود عليه ما ذاق فلا مجال لان يكون كلامه هذا جوابا باعنا ذلك السؤال لان بطلان العقد به سلامة المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى الى ابقائه بعد ان هلك المعقود عليه فلا تنفيذ المقدمات المذكورة ههنا شأني دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوابا باعنا كبر بوجه آخر حيث قال لا يتخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك بموت الآخر فله صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم إلا أن يحتمل على الكلام التنزيلى انتهى (أقول) ليس هذا بنام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب معقودا عليه مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه ألا يرى الى قولهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبدا آخر لولا غائب بأن يقول العبد كاتبي بأف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضا والسؤال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التنزيل بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق (قوله فينزل حياته تقدير) أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كآدائه) هذا الاشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما جماعة من أعمامنا أحدهما انه يعتق بعد الموت بأن ينزل حياته تقدير كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء التركة على ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا المولى حيا وما لا كرامة متقا في فصل موت المولى وثانيهما انه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كآدائه بنفسه هذا زبد ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام * ثم أقول من الهجائب ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثنا عشر تعليلا

وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) أقول ثبت بموت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر أئمتنا والحق أن تجعل إضافة السبب الى الاداء ببيان وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفعا لما يقال انه لا يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس معقودا عليه) أقول ولعله انما لم يتعرض له لان سلامة مالكية اليد ثابتة بغوته اذ لا مالكية لميت فلا فائدة في التعرض أو جعله باقيا حكما مشتركا كما لا يخفى والجواب أنها حصلت له بالعقد والتفصيل في النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد المولود في الكتابة يسمى في كتابة أبيه على نجومه ان كان مفسلا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فخلفه في الاداء كالمترك وفاء) وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عندهما وقال أبو حنيفة رحمه الله قبل له اما أن تؤدي الكتابة حالة أو ترد رقيقا هما اعتبارا بالمولود (٣٧٥) بجماع أنه يكاتب عليه تبعاله ولهذا

ملك المولى اعتاقه كالمولود فيه بخلاف الاكساب فان المولى لا تصرف له في أكسبه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب فان اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابييه في الكتابة فيكون هذا حريته عن حر (وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لان الولدان كان صغيرا فهو تبع لابييه وان كان كبيرا جعلنا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال (وان مات المكاتب وله ولد من حره وترك ديناً وفاء بكتابته فجنى الولد فقتضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بجزء المكاتب)

أعنتني هذه المسئلة فيزل حيا نقدر او تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله وتستند الحرية هذا من تمام التعليل فن قال أو تستند فقد أخطأ انتهى وفسر القائل في حاشية صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرهما من الكتب المبسوطة أن الخطئ هو هذا الخطئ فان المقصود من كلمة أو هو الاشارة الى المسالكين المختلفين المستقلين في اثبات قول أعنتني مسئلتنا هذه فعق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو ولعل منشأ غلط ذلك الخطئ الخطئ انه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معارضة لخطأه بأنه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولا ريب أنه معطوف على قوله فيزل حيا نقدر او أنه لا محذور في تمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة (قوله ولا يسرى حكمه اليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى (أقول) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابة أبيه وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه اذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته وأيضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالاً لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه الاول فسلان دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس اسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتباً للولد باشتراؤه اياه تحقيقاً لقوله بقدر الامكان كما ان الحر اذا اشترى ولده يصير معتقاً له بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثاني فلان عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالاً ليس لاجل السراية أيضاً بل لصيرورة المكاتب اذا ذلك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا جعل صار كانه مات عن وفاء انتهى فتبصر (قوله وان مات المكاتب وله ولد من حره الخ) قال صاحب العناية

مات المكاتب وله ولد من حره الخ

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما وصورة ما وصورتها امكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة وترك ديناً على الناس وفاء بمكاتبته
فالكاتب باقية وولادته لوالده الى الام اما بقائه الكتابة فلما له من المال المنتظر لان الدين باعتبار ما له مال ولكن لا يحكم بعقده حتى
يؤدى البذل وانما قصد بالدين لانه لو ترك عينا لم يأت القضاء بالالحاق بالام لا مكان الوفاء في الحال واما ان الولاد لوالده الى الام فلانه لم يأت
يحكم بعقده لم يظهر للولد ولادته في جانب أبيه فان جنى هذا الولد جناية وقضى به أي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بهجر
المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة تستلزم
الحاق الولد بوالد الام واجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعقوب المكاتب فيجوز ولا عاينه الى مواليه لان الولاد كالنسب والنسب
انما ثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملا عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك
الولاد فمكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم بقرينة ثبوت ملازمه واما أن كل ما يقرر رشيلاً لا يبطله فلا يعود على موضوعه بالنقض
(قوله وان اختصم موالي الام الخ) (٣٧٦) هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام

فقال موالي الام مات رقيقاً
والولاد لما قال موالي الاب
مات حراً والولاد لنا فقصي
بولائه لموالي الام فهو قضاء
بالعجز وفسخ الكتابة لان
هذا الاختلاف اختلاف
في الولاة مقصودا وهو واضح
وذلك ينبنى على بقاء الكتابة
وانتقاضها فانها اذا فسخت
مات عبداً واستقر الولاد على
موالي الام واذا بقيت واتصل
بها الاداء مات حراً وانتقل
الولاد الى موالي الاب وهذا
أي بقاء الكتابة وانتقاضها
فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ
ما يلاقيه من القضاء واذا
كان القضاء بالولاد نافذاً
انفسخ الكتابة بانتفاء
لازمها وهو احتمال حر الولاد
لما تقدم في المسئلة الاولى
ان ذلك جزء اللازم والشئ

لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بوالد الام واجاب العقل عليهم لم يكن
على وجه يحتمل أن يعقوب فيجوز الولاد الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجزاً (وان
اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف
في الولاة مقصودا وذلك ينبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبداً واستقر الولاد على
موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حراً وانتقل الولاد الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ
ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجزاً

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق
بين كل مسئلتين والام تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا ذكرتا يعرف الفرق
بينهما ما توجه تخصيص عليه بيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسئلتين
خفي فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليه بذكرهما فلنا خفاء الفرق أيضاً متحقق في كثير من
المسئلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضاً لو كان ذكرهما المجرد بيان الفرق بينهما لما استخفت
واحدة منهما مالم لا ذكر منفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة
بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهوم هاتين المسئلتين ظاهر غني عن البيان وانما يحتاج الى
البيان هو الفرق بين علمتهما ما بيان الفرق بين علمتهما انما وقع في الهداية وهاتان المسئلتان أنفسهما
مذكورتان في البساية أيضاً بدون بيان العلم فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان
حكمهما في أنفسهما وبفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل (قوله لان هذا
القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بوالد الام واجاب العقل عليهم على وجه يحتمل
أن يعقوب فيجوز الولاد الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجزاً) قال صاحب العناية في حل
هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلان

ينبغي بانتفاء جزئيه قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطالان وفي
صيانة بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لانه
اذا لاقى فضلاً مجتهد فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول وهي قوله وان اختصم موالي الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يأت القضاء) أقول أي على مذهبنا
(قوله مات رقيقاً الى قوله مات حراً والولاد لنا فقصي بولائه) أقول الضمير المستتر في مات رقيقاً والمستتر في مات حراً ارجاع الى الاب والضمير
في قوله بولائه راجع الى الولد قال المصنف (لان هذا الاختلاف في الولاة مقصود الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تينك
الطائفتين قرار الولاد عليه فاخصامهم بالحقيقة فيه فلا يراد أن يقال يتصور الولاد لموالي الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا
يستقيم قوله وذلك ينبنى (قوله بانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول ههنا مسأحة حيث لا يطابق تعليله للعلل ظاهراً فانه جعل احتمال
حر الولاد لازماً في المدعى وجزء اللازم في الدليل وتوجيه غير خفي كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر الى قوله ما يجب رعايته

فاما أن يعجز بعد أدائه الى المولى أو قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضا عن العتق وتبديل السبب كتبدل العين أصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهي مكتوبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنى أو هاشى فانه لا يطيب لهما لان المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل سبب الملك وتطيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولولم يملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ناهرا لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى أ كسابه ملكا مبتدأ ولهذا أوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا أجزأ منه ظنرا ثم عجز وكذا عند أبي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده فان للمولى نوع ملك في أ كسابه وبالعجز بنا كذا ذلك الحق وبصير

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح لغنى والهاشى لان المباح له يتناوله على ملك المبيع وتطيره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولولم يملكه بطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ناهرا لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

الكتابة تسننزم الحاق الولد بالام ويجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيعجز ولا ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب المكاتب الملا عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم بقرينة ثبوت ملازمه وأما أن كل ما يقرر شيئا لا يبطله فثبوت لا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه (أقول) في تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فان قوله ثبوت اللازم بقرينة ثبوت ملازمه ممنوع اذا لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملازم لـ وان يكون اللازم أعسم من الملازم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالى الام يتحقق في صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب * ثم أقول يمكن دفعه بأن اللازم ههنا ليس مطلقا ايجاب العقل على موالى الام بل ايجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيعجز ولا ابنه الى مواليه ويجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفى هذا اللازم بانتفاء برئته وهو احتمال جبر الولاء كما صرح به في المسئلة الثانية ولكن بقي ههنا شيء وهو ان المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جنسية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة فلا يتخلو التعليق المذكور عن نوع المصادر فتأمل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغاوبا في مقابلة ملك السيد للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس الامر وليس هذا الا بتبديل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا لان سلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان منتهى بمنزلة تبدل العين اه وقصد الشراح العيني دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من أدب المناظرين غاية الامر أن الثاني أقوى من الاول فلا يفسد قوله أول كلامه منع مجرد وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففساد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو ايضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك أن يقال ان منع التبديل بمكة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضى التبديل بل هو عين التبديل وان منع كون مثل هذا التبديل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى أن يقال للمولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبديلا اه ورد عليه الشراح العيني بأنه ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول)

المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا أجزأ المكاتب أمته ظنرا ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة

لان الخبث ليس في نفس الصدقة والامانة فارقها أصلاً وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالاً به وذلك لا يجوز للغنى بلا حاجة ولا
 لهامشي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كالمسكين اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ماما أخذ من
 الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ
 قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى كسابه ملكاً متداً بل كان له نوع ملك في كسابه وبالعجز
 يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفاً وهما سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فاني يتحقق تبديل الملك وأجب بأن ملك الرقبة للمولى كان
 مغلوباً في مقابلة ملك اليد للمكاتب (٣٧٨) فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف

في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك
 وليس ذلك الابتديل الملك
 للمولى وفيه نظر لانا لنسلم ان
 ذلك تبديل ولئن كان فلان سلم
 ان مثله بمنزلة تبديل العين ولعل
 الاولى أن يقال المولى لم يكن
 له ملك يدقبل العجز وحصل به
 فكان تبديلاً قال (واذا جنى
 العبد فكاتبه مولاهم الخ) اذا
 جنى العبد فكاتبه مولاه
 ولم يعلم بالجناية لم يجعل
 مختاراً للفداء ويجب عليه
 قيمته أما الاول فقدم عليه
 بالجناية وأما الثاني فلان
 الدفع قد تعذر بفعله وهو
 الكتابة كالموابع وهو لا يعلم
 بالجناية فان عجز خير المولى
 بين الدفع والاداء والفداء لان
 هذا أي أحد هذين الامرين
 موجب جناية العبد في الاصل
 والموجب الاصل لا يترك الا
 بما نفع فان الاصل عبارة عن
 حالة مستمرة لا تتغير بالامور
 ضرورية والمانع عنه حال
 الكتابة قائم أمان الفداء

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالاً به ولا يجوز ذلك للغنى من غير
 حاجة ولهامشي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كالمسكين اذا وصل الى وطنه والفقير
 اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ماما أخذ من الصدقة فانه يطيب لهما وعلى هذا اذا أعتق المكاتب
 واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال (واذا جنى العبد فكاتبه مولاهم الخ) اذا
 يدفع أو يغدى لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة حتى يصير
 مختاراً للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصل

هذا أيضاً كلام لغواذان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقيق التبديل بالنظر الى ملك اليد وهو
 كاف في كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيباً للمولى كما صرحوا به والصواب في الرد عليه ههنا
 أن يقال هذا الذي ذكره في المال عن الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وأوردوه والنظر عليه مع
 ما في ذلك الجواب من المزية وهي الإشارة الى وجه اعتبارهم تبديل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بأن
 ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهي التبديل أولى من اعتبار حال
 المغلوب وهي البقاء فلا وجه ليراد النظر على ذلك الجواب وذكره من عند نفسه وادعاه أنه أولى من ذلك
 (قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ الى قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال
 بعض الفضلاء فعلى هذا الواجح الفقير للغنى أو الهامشي ينبغي أن يطيب لهما عنده اذلاً أخذ منهما
 كما لا يخفى اه (أقول) ان لم يوجد منهما ما لا يخدم يد المتصدق فقد وجد منهما ما لا يخدم يد الفقير
 حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما ههنا سبب الخبث اذ لا فرق في ابرار الخبث
 بين أخذ من واحد وأخذ من آخر اذا وجد الاذلال بالأخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه
 الاخذ لانه لم يمتصق وهو ظاهر ولان يد العبد فان كسابه ملك مولاه عند أبي يوسف فبالعجز
 لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تسميه بآب السبيل اذا
 وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ماما أخذ من الصدقة فان قلت لاشك انه كان
 للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده فبالعجز انتقل
 ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد هذا الاعتبار قلت ذلك الانتقال ضروري
 والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذاً ولو سلم أن يعد ذلك أخذاً فلا يلزم فيما نحن فيه عند أبي يوسف

فلما صرح من عدم العلم وأمان الدفع فلتعذره بالكتابة قائماً اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصل اخذ

قال المصنف (ولا يجوز ذلك للغنى من غير حاجة ولهامشي لزيادة حرمة) أقول فعلى هذا الواجح الفقير للغنى أو الهامشي ينبغي أن يطيب
 لهما عنده اذلاً أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول لتعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف (قوله وفيه
 نظر لانا لنسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خير بأن تبديل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبديل العين أيضاً كذلك فان ذلك يجعله
 حلالاً لطيباً للمولى وهم يجعلونه حلالاً بدون هذا التبديل كما في ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبذلك أولى (قوله ولعل
 الاولى أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلاً فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور
 فيه فليتام (قوله اذا جنى العبد فكاتبه مولاهم الخ) أقول أي اذا كان قيمته أقل من
 أرض الجناية والا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرض الجناية ثم اعلم ان الضمير في قوله عليه راجع الى المولى

وكذلك أى وكما من عود الحكم الاصلى اذا جنى المكاتب ولم يقض به أى بموجب الجناية حتى يحجز ما يدين من زوال المانع وان قضى به أى بموجب الجناية عليه أى على المكاتب فى كتابته ثم يحجز فهو أى ما قضى به من موجهين فى ذمته يباع فيه واعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسمى فى الاقل من قيمته ومن أُرش الجناية لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحرى بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له والواجب هو الاقل من القيمة ومن أُرش الجناية الا ترى ان فى جناية المدير وأم الولد يجب على المولى الاقل من قيمته ما ومن أُرش الجناية لانه أحرى بكسبهما هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وغيره واذ علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الاصلى وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فاذا زال لم يعد الحكم الاصلى صيانة للقضاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمه الله وقد رجح اليه أبو يوسف رحمه الله آخره وان كان يقول أو لا يباع فيه وان يحجز قبل القضاء الا أن يقضى المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدير وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشيرون أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن أُرش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخى والمسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه اذا كانت القيمة اقل من أُرش الجناية ولنا القول بالموجب وهو أناس لما أن المانع من الدفع قائم ولكن (٣٧٩) الكلام فى أنه قابل للزوال أولا

ولاشك فى قبوله لامكان انفساخ الكتابة وعدم تبسوت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال فى الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالا فى الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فارجحه أخذه فى الدليل قلنا ظهوره فان التردد فى زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلى فصار كالمسح الميسر اذا ابق قبل القبض فانه يتوقف

(وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى يحجز) لما يدين من زوال المانع (وان قضى به عليه فى كتابته ثم يحجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقد رجح أبو يوسف اليه وكان يقول أو لا يباع فيه وان يحجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدير وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد الميسر اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاء لانهم لا يقبلون الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كى لا يؤدى الى ابطال حق المكاتب اذا الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرحومة (وقيل له اذا مال الى ورثة المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه فى الاستيفاء

أخذ المولى ملك نفسه من بعده والذي كان سببا للعبث اغما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للفقير أو الهاشمى فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال فى الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب تصير مالا فى الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فارجحه أخذه فى الدليل قلنا ظهوره فان التردد فى زوال المانع يمنع

الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاء لانهم لا يقبلون الزوال بحال فشكل الموجب فى الابتداء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لان سبب حرمة وجهه حقه فمضى سبب حقه وسبب حق المرحومة لافضائه الى حصوله فالكفاية حقه فاذا مات المولى لم تنسخ كى لا يؤدى موته الى ابطال حق غيره ويقال له اذا مال الى ورثة المولى على نجومه أى مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان موصيا صرح بتصرفه بتأجيل الكل كاسقاطه بخلاف ما اذا كان مريضا وكاتبه فان المكاتب يؤدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقبيا لانه لما كان مريضا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كاسقاطه (قوله الا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار للورثة وهو تصرف قال فيهم مهم مقامه فى الاستيفاء لا يسمى تغييرا فى عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكأن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغييرا فكذلك دين الكتابة

(قوله وكذلك أى وكما من عود الحكم الاصلى) أقول والاولى أن تجعل الإشارة الى ما ذكر من المسئلة والتشبيه فى عود الحكم الاصلى (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قاله تعالى ان الموجب الاصلى أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه الى القيمة ثم اعلم ان قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل

(فان أعتقه أحد الوارثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه اذا المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالارث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وان أعتقه جميعا عتق) استقصانا وجه القياس ما ذكرنا من عدم الملك ووجه الاستحسان أن يصير اعتاقهم إبرا عن بدل الكتابة فانهم يملكونه بطر بان الارث فيه (٣٨٠) (واذا برئ المكاتب عن) جميع (بدل الكتابة عتق كما اذا أبرأه مولاه) فان قيل فاجعل اعتاق أحد

(فان أعتقه أحد الوارثة لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوارثة وان أعتق وجميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير إبرا عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا أبرأه المولى لأنه اذا أعتقه أحد الوارثة لا يصير إبرا عن نصيبه لانا نجعله إبرا عن اقتضاء تحصيل العتقه والعتق لا يثبت في المكاتب إبرا عن بعض البذل أو أدائه لافي بعضه ولا في كاه ولا وجه الى إبرا الكل لحق بقية الوارثة والله أعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقه ويسمى ولاء نعمة

الانتقال لامكان عود الموجب الاصلى اه كلامه (أقول) فيه بحث اذ المانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما اذا جاز بعد القضاء بأصناف ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع ههنا أيضا كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولا فن أين بقيت الظهور ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف ولم يثبت الانتقال في الحال مستدر كبعد أن قال ان المانع قابل للزوال للتردد أو كان حقه أن يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريق على ما قبله كالا يخفى على ذي مسكة وكان صاحب الكافي تنبيه لهذا حيث قال ولما كان المانع متريدا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى الا بالقضاء أو الرضا

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاثر بزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة وهو وان كان من آثار الاعتاق أيضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقطت التكاثر الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل ويسمى ولاء العتاقه وولاء الموالاة لان حكمهما هو الارث بقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل الولاء والولاية بالفتح النصر والهبة لأنه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر كذا في النهاية ومعراج الدرابة (أقول) فيه فتور أما أولا فلا لأن الظاهر ان الولي صفة الثاني من المتقاربين كما يفصح عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقه وولاء الموالاة لصفة أنفسهما فكيف تحسن تسميتهما بما لا يشوم معنى ما أخذ اشتقاقهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما وأما ثانيا فلا لأن ما ذكر في المبسوط من أن المطلوب بكل واحد منهما التناصر إنما يدل على كون التناصر غيرهما لان أنفسهما لا يخفى على النطق ان المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشيء وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد على كون ولاء العتاقه وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بأن قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقال في العناية بالولاية في اللغة عبارة عن النصر والهبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر بوجوب الارث والعقل قال

الورثة إبرا عن نصيبه قلنا لا يصح لانا نجعله إبرا عن اقتضاء تحصيل العتقه والعتق لا يثبت في المكاتب إبرا عن بعض البذل أو أدائه لافي بعضه ولا في كاه ولا وجه الى إبرا الكل لحق بقية الوارثة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المآب

كتاب الولاء

أورد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب لانه من آثار زوال ملك الرقبة وقد ساق موجب ترتيب الابواب على النهج المتقدم الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والولاية في اللغة عبارة عن النصر والهبة وهو مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر بوجوب الارث والعقل قال

(الولاء نوعان) يتوعد الولاء باختلاف السبب الى نوعين فالاول (ولاء عتاقه ويسمى ولاء نعمة) فتفاء بقوله تعالى واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي بالاعتاق وهو زيد

كتاب الولاء

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاه وسببه العقد وله ذاق بالولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيه ما تناصروا كانت العرب تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصروهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالخلف

وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصروهم بوجوب الارث والعقل اه (أقول) فيه خلل لان الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن يجدي بين اللفظين تناسب في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهما ولأى قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لجة كاحمة النسب أى وصلة كوصلة النسب اه فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما يشتق من الولاية بالفتح بمعنى النصرة وعن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه وقال في التبيين هو من الولي فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة ثم قال أو من الموالاة وهى مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة اه فقد ظهر أن قول صاحب العناية بالولاية في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب برب خط بين المعنيين واخلاق الحق البيان (قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له) انما قد سبق له في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعنتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان ولأوله ولا اعتاق هناك فالصحيح أن سببه العتق على ملكه لا يرى أنه يقال ولأى العتاقة ولا يقال ولأى الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعنتق فالمراد أن الولاء بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقادون العكس هذا زيادة ما في جملة الشروح ههنا وقال في البدائع أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصل بصلبته وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى الاعتاق شرعا كسراء القريب وقبول الهبة والصدقة والرؤية أو بغير صنعه بأن ورث قريبه وسواء أعنتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببديل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت وسواء كان صريحا أو مجرى مجرى الصريح أو كناية أو مجرى مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاء والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعنتق من غير فصل الى هنا لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلا في حق الصور الزبورية كما هو المحل نظر فان في صورة ان كان العتق حاصل بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعنتق فليتنامل في الدفع (قوله والمعنى فيه ما تناصروا) قال صاحب العناية قوله والمعنى فيه ما تناصروهم بيان مفهومهم ما الشرعي اه (أقول) فيه بحث اذ ليس مفهومهم ما الشرعي مطلقا تناصروهم بل تناصروهم بوجوب الارث والعقل كما صرح به الشارح المزيور وغيره وهم هذا الخصوص يمتاز مفهومهم ما الشرعي عن مفهومهم ما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهم ما الشرعي لما أطلق التناصروهم بل خصه بما هو المعبر

بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعنتق وانما كان ذلك صحيحا لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق لجعل العتق سببا أولى لمومه والثاني ولأى موالاة وسببه العقد قد عني ما سئل (قوله وله ذاق) يقال ولأى العتاقة وولاء الموالاة (بيان اسباب النوعين فان كلا منهما يضاف الى شئ والاضافة تدل على السببية كما عرف في الاصول وقوله والمعنى فيه ما تناصروهم) بيان مفهومهم ما الشرعي (قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء) بيان وجوه التناصروهم ما فان العرب كانت تتناصر بهما وبالحلف والمنطقة (وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصروهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالخلف)

(قوله استدلالا بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ويجوز جواب استدلالهم بعد سطور (قوله فجعل العتق سببا أولى لمومه) أقول الا صواب تبديل الاولى بالصواب (قوله

قال (واذا أعتق المولى مملوكه الخ) (٣٨٣) اذا أعتق المولى مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ووجه الاستدلال

قال (واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولان التناصر به فيعقله وقد أحياءه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد

في مفهومهما ما الشرعي على انه لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان أو شرعا لكانا معا
التناصر دون أن يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام والحق أن مراد
المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما الا ببيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول
المصنف والمعنى قيمهما التناصر والمطلوب بكل واحد منهما ما التناصر كما قال في المبسوط أيضا كذلك
كما مرتب ترشد (قوله واذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق)
قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك
الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك ان حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد لاشك ان المطلوب
بهم هذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم
التقريب والصواب ان وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام الولاء ولازم
الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على ان جنس الولاء لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى
الحمد لله دل بلاحي الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب
العناية فان قيل لست الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتراف
فالجواب أن الاصل في الاشياء ان هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه (أقول) في جوابه نظر
لان كون مصدر الثلاثي أصلاً في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلاً في العلية لترتب الحكم على المشتق
من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيراً من مصادر المزيديات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي
ألا يرى أن الاعتراف مثلاً يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه الى غير ذلك من
الصور ومدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولان التناصر به فيعقله وقد أحياءه معنى
بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان التناصر به
أي بسبب الاعتراف دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقرره المولى ينتصر بمولاه بسبب
العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم بحيث يغرم بنصره يغرم عتقه والمولى أحياءه معنى
بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكماً لا يرى أنه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تعلقت بالاحياء
نحو القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتراف ثبتت هذه
الاحكام في حقه فكان احياءه معنى ومن أحياءه معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد
يوجب الارث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) في أوائل تقريره الدليل لخلل لانه اعتبر
النصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانصراف في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على
من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله فحيث يغرم بنصره يغرم عتقه والظاهر ان الامر بالعكس
اذا المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتراف ذلك اياه فهو
الغانم وأيضا قد استدلل على ان من ينتصر بشخص يعقله بأن الغنم بالغرم وليس يصحح لانه ان رجوع
ضمير الفاعل المستتر في يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر من سوق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع
ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى في نفسه فلان العاقل في الشرع هو الناصر
لا المنتصر على ما تقر في موضعه وأما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى حينئذ وجوب
العقل الذي هو الغرم بالانصراف الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق له
عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا

أن الحكم اذا ترتب على
مشتق دل على أن المشتق
منه علة لذلك الحكم فان
قيل الاستدلال به على هذا
الوجه يناقض جعل العتق
سبباً لأن أعتق مشتق من
الاعتراف فالجواب أن
الاصل في الاشتقاق هو
مصدر الثلاثي وهو العتق
وقوله (ولان التناصر به) أي
بسبب الاعتراف دليل على
الأثرين الثابتين به وهما
العقل والميراث وتقرره
المولى ينتصر بمولاه بسبب
العتق ومن ينتصر بشخص
يعقله لان الغرم بالغنم فحيث
يغرم بنصره يغرم عتقه
والمولى أحياءه معنى بازالة
الرق عنه لان الرقيق هالك
حكماً لا يرى أنه لا يثبت في
حقه كثير من الاحكام
التي تعلقت بالاحياء نحو
القضاء والشهادة والسعي
الى الجمعة والخروج الى
العيدين وأشباه ذلك
وبالاعتراف ثبتت هذه
الاحكام في حقه فكان
احياءه معنى ومن أحياءه
معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء
كالولاد والولاد يوجب الارث
فكذلك الولاء ولانه ثبت أنه
يعقله فيرثه لان الغنم بالغرم
(قوله ووجه الاستدلال
أن الحكم اذا ترتب على
مشتق) أقول وأنت خير
بأن المراد من قوله واذا
أعتق الخ ليس بيان علة
الولاء حتى يكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الاصل الخ) أقول فيه تأمل

فقوله (ولان الغنم بالغرم) يخدم الوجهين فلهذا آخره (قوله وكذا المرأة تعتق) (٢٨٣) يعني ان ولاعة معتقة هالها المارو يسلمن قوله

صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة حرة رضى الله عنهما) معطوف على قوله المارو يسلم معنى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روى أن بنت حرة رضى الله عنها ما أعتقت غلاما لها ثم ماتت المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال

بينهم مانصفين ويستوى في ثبوت الولاء الاعتقاد بحال وبغيره) والعق بقرابة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استيلاء بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليقين وما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول (فان شرط أنه سائبة) أى يكون حرا ولا يملكه وبين معتقه (فان شرط باطل والولاء لمن أعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (واذا أدى المكاتب) (المكاتب) كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسألة جبر الولاء وبين مواضع الجبر عن غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعا لأمه ثم أعتق الأب جبر ولأبنته

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لماروينا ومات معتق لابنة حرة رضى الله عنها ما عتق بنت فجعلى النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ويستوى فيه الاعتقاد بحال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه قال (فان شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المكاتب عتق ولأوله المولى وان عتق بعد موت المولى) لانه عتق عليه بما يشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته) لان فعل الرضى بعد موته كفعله وان تركه على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مديروه وأمتهات وأولاده) لما يثبت في العتق (ولأولهم له) لانه أعتقهم به بالتدبير والاستيلاء (ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه) لما يثبت في العتق (ولأولهم له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرافة عتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق جملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الأم مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتقاد مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه فلا يماروينا

الكتاب أيضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغنم هو المنتصر بشخص والغرم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم اذ لا شك ان غنم شخص لا يصير سبيها بالغرم شخص آخر ولا العكس * ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان التناصر به فيعقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه إياه فيعقله أى فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقر في كتاب المعاملات حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو أن الجاني انما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكأنوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يخدم الوجهين فلهذا آخره اه (أقول) يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظوفه أما أولا فلما ثبتنا عليه فيما مر أن نفاها ان الدليل على أن يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلا تبهجه قول المصنف فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينتظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أن الوجهين اقول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجهين مع أن المعنى الى انه انما يعقله لانه يشره وانما يشره لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بازالة الرق فكانت قال لانه أحياه معنى بازالة الرق عنه فشره ولان الغنم بالغرم بحيث يفرغ عقله يرث ماله كان قوله فيما سياتى ومات معتق لابنة حرة رضى الله عنها المخرج معطوف على قوله لماروينا معنى كما صرح به الشارح المـ زبور وغيره هناك وتظاير هذا أكثر من ان تحصي (قوله) واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرافة عتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق جملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا) هذا النظم المذكور قال المصنف في تعليقه لانه عتق على معتق الأم مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه فلا يماروينا وقال الشارح انما صار الحمل معتق مقصودا لان المولى قصد اعتاق الأم والقصد اليها بالاعتقاد قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتق مقصودا اه (أقول) يرى المخالف بين ما ذكره ههنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق

الى مواليه وعلى هذا اذا عتق الرجل أمة وولدها عتقا ولاؤه هاله فان أعتق الأب بعد ذلك لا يجبر ولاؤه لانه لما كان منفصلا عن الأم كان مملوكا كالمالك الأم والعق تناوله مقصودا فلا يتبع أحدا

واذا أعتقت الام وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم ثم أعتق الاب رجل آخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالا اعتاق قصدا الى جميع أجزائها والجل جزء منها فان كان الجل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وان ولدت لاقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت أحد التوأمين لانهم ما يتعلقان معا فان قيل الحبلى اذا والت رجلا والزوج والى غيره كان ولدا ولدى المولى الاب في الفرق أجيب بأن الجنسين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له واذا أعتقتها ثم ولدت لاكثر من ستة أشهر فولد لمولى الام لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام (٣٨٤) الجل وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فيعتق تبعه للام لان اتصاله بهم بعد عتقها فيتبعها في الولاء فان

أعتق الاب جرح ولا ابنه الى مواليه لان الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لجة كالجمعة النسب الحديث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت ضرورة عدم أهلية الاب لرقه فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كما كان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه عاد انتساب الولاء اليه ونقض قوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه بما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأه مكاتب فماتت عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب أن العود اليه بعود الالهية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلق الى مابعد

(وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر) لليقين بقيام الجل وقت الاعتاق (أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر) لانهم ما يؤمان بتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولدا ولدى المولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولدا فولد لمولى الام) لانه عتق تبعه للام لان اتصاله بهم بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا (فان أعتق الاب جرح ولا ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعه للام بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لجة كالجمعة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يرث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا كذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الام وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلق الى مابعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطء وبعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مرجعا

فانه قال هنالك وان أعتق حاملا عتق حملها تبعها اذ هو متصّل بها اه والظاهر منه ان يصير الحمل معتقا تبعا للبتة لا مقصودا فليست امل في التوفيق (قوله فان أعتق الاب جرح ولا ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب) قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذلك الولاء يجب أن لا يفسخ بعد ثبوته قلنا لا يفسخ ولكن حدث ولدا أولى منه فقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو أولى منه في الارث لا يبطل تعصبه ولكن يقدم عليه اه وذكر في غاية البيان أيضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ أبي نصر (أقول) في الجواب اشكال وهو انه لو لم يفسخ الولاء بل قدم عليه ولدا أولى منه في الارث لزم أن ترث موالى الام عند انقطاع موالى الاب بعد انتقال الولاء عن موالى الى موالى كاهو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يرو عن أحد أن ترث موالى الام بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار أهلا عاد الولاء اليه يعني اذا ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ثم أعتق الاب يجرح ولا ابنه من موالى الام الى موالى نفسه بخلاف ما اذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجرح ولا ابنه الى موالى نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر بل يكون ولدا

الولد

الموت وهو ظاهر والى مابعد الطلاق البائن لحرمه الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعى لما أنه يصير مرجعا

(قوله واذا أعتقت الام وهي حامل) أقول أى ظاهرة الجل كما يشير اليه قوله فان كان الجل ظاهرا وقت الاعتاق (قوله لانها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التعليل من عدم المطابقة للعلل فالظاهر أن يقول فولد لمولى الام تبعه حتى يحصل المطابقة (قوله ونقض قوله فاذا صار الخ) أقول الظاهر ان النقص على قوله اذ لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتاق يعتق الجل تبعه ويجرح الاب ولده فانه اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل

بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعد فولدت أولاد فنجني الأولاد فنعتقهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعاً لآلهم ولا عاقلة لابنهم ولا موالى فألحقوا على الام ضرورة كفاي ولد الملاعنة على ما ذكرنا (فان أعتق الاب جروا لا الولاد الى نفسه) لما بينا (ولا ير جعون على عاقلة الاب بما عاقلوا) لانهم حين عقوله كان الولاد ثابتاً لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث ير جعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستنداً الى وقت العلق وكانوا محجورين على ذلك فير جعون

الولد لموالى أمه وان أعتق الاب لتعذر اضافة العلق الى ما بعد الموت لاستحالة من الميت الى ما بعد الطلاق أما اذا كان بائناً لحرمة الوطء بعده وأما اذا كان رجعياً فليصير من اجعاب بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتناق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضاً هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال وفوق قوله فاذا صار أهلاً عاد الولاد اليه عاذاً أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فبات عن وفاء وأعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد موالى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب ان العود اليه بعد الالهية ولم يثبت بهذا العتق للاب أهلية لتعذر اضافة العلق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير من اجعاب بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها لثبوت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كانه تقدم انتهى كلامه (أقول) مدار كلامهم على أن يكون مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كانه تقدم انتهى كلامه (أقول) مدار كلامهم على أن يكون قول المصنف بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت أو وطء الخ متعلقاً بقوله فاذا صار أهلاً عاد الولاد اليه ولكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاد ولا موالى الام ثم انتقل الى موالى الاب بصيرورته أهلاً وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى ان عتق الاب مقدم على عتق الام في صورة ان عتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق في الميت فلا يتصور في هاتيك الصورة العود أصلاً فلا يتوهم بالنقض رأساً على قوله فاذا صار أهلاً عاد الولاد اليه فلا يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا أعتقت المعتدة عن موت وبالجملة لا ماساس لتلك الصورة أصلاً مسألة انتقال الولاد بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي ما اذا أعتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك أن يقع عتق الاب بعد عتق الام فتصير مظنة النقض هي اعلى مسألة جروا لولاء فيحسن تدارك دفعه فان قلت قد تدارك صاحب العناية ربط الصورة الاولى أيضاً بما نحن فيه حيث قال في تصويرها بأن كانت الامة امرأة مكاتب فبات عن وفاء فأدى الى تأخر عتق الاب عن عتق الام قلت لا يتيسر التأخر فيما قاله أيضاً اذ قدم في كتاب المكاتب أن في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن أصحابنا أحدهما مذهب الجمهور وهو أنه يعتق في آخر جزم من أجزائه حياته فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صورته أيضاً وثانيه مذهب البعض وهو أنه يعتق بعد الموت وذلك بأن ينزل حياته تقديره في حق الاداء كما ينزل الميت حي في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا أن الالزام فيما صورته أيضاً اعتبار عتقه بعد موته لا اعتبار عتقه بعد عتق امرأته المعتدة عن موته حتى يتأخر عتقه عن عتقها اللهم إلا أن يفرض تحقق الاداء مما ذكره المكاتب وفاء بعد ما أعتقت امرأته ويعتبر عتقه حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض

بالشك لانهم اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباتها لثبوت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كانه تقدم وينبغي من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فوالد الولد لموالى الاب لثبوتنا بمرجعه وذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب الخ) تزوج مسلم من العجم لم يعتقه أحد معتقة العرب فولادها موالها عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وأموالهم لهم لادوى أرحامه حتى لو ترك هذا الولد أمة أو خالة لم يكن له ما شيء في وجود معتق الام وعصته وعند أبي يوسف رجه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولا عتاقة وإنما ورث ماله بين ذوى أرحامه كما إذا كان الاب عرييا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالى أمه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب أن يستوى الاب والحر والعبد وليس كذلك أجاب بأن العبد هالك معنى (٢٨٦) لانه لا يملك شيئا ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمى قال الله تعالى

أو من كان ميتا فأحييناه فصار حال هذا الولد في الحكم حال من لأب له فينسب الى موالى الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهم ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاءة فيه ان الناس يتفخرون بالعتاقة

ويعتبرونها في الكفاءة فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفوا لمن له أبوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا ذلك وكان تفاههم بعمارة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الامارة كفوا لمن له أبوان في ذلك قال المصنف رجه الله (الخلاف في مطلق المعتقة) وإنما قال ذلك لان محمدا رجه الله ذكر المعتقة مطلقا حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع القدوري في معتقة العرب اتفاقا واذكر لفظ

قال (ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاد فإولادها موالها عند أبي حنيفة رجه الله وهو قول محمد رجه الله) وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه لان النسب الى الاب كما إذا كان الاب عربيا بخلاف ما إذا كان الاب عبد لانه هالك معنى ولهما ان ولادة العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما إذا كان الاب عربيا لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضى الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا (وفي الجامع الصغير ينطى كافر تزوج بمعتقة كافرة ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد موالى لهم موالى أمهم وقال أبو يوسف موالى لهم موالى أبيهم) لان الولاء وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كل ولد بين واحد من الموالى وبين العربية ولهما أن ولاد الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولادة العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى

فتأمل (قوله بخلاف ما إذا كان الاب عبد لانه هالك معنى) لانه لا يملك شيئا ولان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمى قال الله تعالى أو من كان ميتا فأحييناه أى كافر أهدىناه فصار هذا الولد كأنه لأب له فينسب الى موالى الام ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شيء وهو أنه ان كان المراد بكون العبد هالكاً معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمى رد عليه أن مجرد موت الاب لا يمنع نبوت الولاد لموالى بل انما يظهر أثر الولاء لهم بعدم موته اذ عند حياته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لأب له ينتجه عليه أنه يلزم حينئذ أن لا يرث من هذا الولد من ينتمى اليه بأبيه العبد من الاقارب الاحرار كالأجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبد الكونه في حكم مجهول النسب على الفرض المزبور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقر في كتب الفرائض أن المخرج من الميراث كالكافر والقائل والرقى لا يحجب من هو أبعد منه عند امتناع جميعا بل يرث الابعد عنده حرمان الاقرب فالاولى ههنا أن يقال بخلاف ما إذا كان الاب عبد لانه لأهلية له لرقه كما مر فلا تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولما اليه سواء كان حيا أو ميتا تدبر (قوله ولهما أن ولادة العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول انا قل أن يقول ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالى الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصبات النسبية لا ولادها بل على أصحاب الفرائض لهم اذ لا شك أن استحقاق كل من العصبات النسبية وأصحاب

الفرائض

الجامع الصغير بيان أن محمدا رجه الله ذكر المعتقة مطلقا ولاشماله على ولاد الموالاة وذلك واضح في

الكتاب (قوله كل ولد بين واحد من الموالى) يعنى العجم فان العجمى اذا تزوج بعربية فولدت أولادا فانها تنسب الى قوم أبيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة

(قوله لادوى أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولانه أثر الكفر) أقول يعنى الرق (قوله حتى اعتبرت الى قوله والنسب ليس كذلك) أقول فيه بحث (قوله وإنما قال ذلك) أقول يعنى وإنما قال المصنف ذلك

وقوله (وان كان الابوان) أى الوالدان (معتقين) راجع الى أول الخلاف يعنى ان كانت الام معتقة والاب والى رجل اففيه الخلاف وأما اذا كان الوالدان معتقين (ف) قد أجمعوا أن (النسب الى قوم الاب لاستوائهما والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم الولاء لجهة كل جهة النسب وفى حقيقة النسب يضاف الولد الى الاب فى الشرف والدناءة فكذلك فى الولاء ولان النصرة به أى بالاب أكثر قال (وولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الانسان عصبية ومنه قولهم الذ كرى عصب الانثى (وهو) أى مولى العتاقة (أحق بالميراث من الأمة والخالة لقوله صلى الله عليه وسلم الذى اشترى عبداً فاعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشركك وان كفرك فهو خير لك وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته) قوله هو أخوك يعنى فى الدين وقوله ان شكرك يعنى ان شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لانه انتدب الى مائذ اليه وشركك لانه أصل اليك بعض الثواب فى الدنيا فتقتص بقدره من ثواب الآخرة وان كفرك فهو خير لك لانه يبقى لك ثواب العمل كله فى الآخرة وشركه لانه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عصبية حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضى الله عنهما ((٣٨٧)) على سبيل العصبوبة مع قيام وارث)

وان كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب اولان النصر قبه أكثر قال (وولاء العتاقة تعصب وهو أحق بالمرات من العمة والخالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبدا فاعقه هو أخوك ومولاك أن شكرك فهو خير له وشركك وان كفر لك فهو خير لك وشركه ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصيته وورث ابنة حمزة رضي الله عنه ما على سبيل العصبية مع قيام وارث وإذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه (فان كان للمعتق عصبية من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فذا خرج عن العصبية دون ذوى الارحام قال (فان كان للمعتق عصبية من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عصبية من النسب فغيره للمعتق) تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذوالا أما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبية على ما روينا وهذا لان العصبية من يكون التناصير به لبيت النسبة وبالمال الى الانتصار على ماهر والعصبية تأخذ ما بقي (فان مات المولى ثم مات المعتق فغيره لبيت المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره أو حرم وولاء معتقهن وصورة الحر قد مناهما

ذوى الارحام (وان لم يكن له) أى للمعتق (عصبة من النسب غيرائه للمعتق تأويله) أى تأويل قول القدورى (اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما اذا كان فيه الباقي بعد فرضه) وذكروا هذه الجملة تأويلين أحدهما ان معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالأب والجد فان لهم ما حلا سوى حال الفرض وهى العصبية اما اذا كان فيه أى قبل هذا الوارث الباقي بالعصبية وليس للمعتق شئ والثانى ان معناه ذو حال واحد كالبنات أما اذا كان مثل ذلك فلامعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثانى أوجه لانه على قوله فيه الباقي بعد فرضه بقوله (لانه عصبية على ما روينا) وهو اشارة الى قوله ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح وقوله (وهذا) اشارة الى قوله لانه عصبية يعنى انما كان عصبية (لان العصبية من يكون التناسل به لبيت النسبة) أى القبيلة وتقريره العصبية من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر فى أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأسياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناسلهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعصبية تأخذ ما بقى) تمام الدليل وتقريره قوله الباقي لانه عصبية والعصبية تأخذ الباقي (فان مات المولى ثم مات المعتق غيرائه لبني المولى دون بناته) لما ذكره فى الكتاب وقوله (قدمناها) اشارة الى قوله فان ولدت بعد عدة هالا كثر من ستة أشهر الى أن قال جراح الأب ولأبنة وقد ذكر جراح المعتق ومعتق المعتق فى النهاية تأقلا عن الذخيرة فليطلب عنه

(قوله ولأن ثبوت المالكية الخ) دليل معقول على ثبوت الولاء من أعتق أو أعتق وتفر به ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهة المعتقة وهو ظاهر وكل من ثبت من جهته شيء ينسب إليه لأنه عليه اذ ذلك فثبوت المالكية ينسب إليها الولاء ونسب اليها من ينسب إلى مولاه إلا أن المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فإنه لا يثبت إلا من الآباء لأن سبب النسب فيه الفراه والفرش وإنما هو للزوج لأنه المال والمراة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب لأن الولاء لا يورث حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب وإنما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة والنصرة بالذ كوردون الأناث حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء لابن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وصورته امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن وأب ثم مات العبد غير أنه لابن خاصة عندهما وهو قول أبي يوسف أو لا ثم رجع فقال لا ياب السدس والباقي لابن لأن الآفة تستحق بها كالبنت لأن الولاء يستحق بالعصوبة والاب عصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصرح وماعند ميراثها فكذا (٣٨٨) عن ميراث معتقها ولهما أن أقرب العصبان يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق

والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفرضة دون العصوبة وكذا لو ترك جد مولاه أبا أبيه وأخاه لاب وأم وأب كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه لا يورث الاخوة والاخوات فالجد عنده أقرب في العصوبة ولو أن امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وترك ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فاليراث لابنها دون أخيها الماذ كرنا أن الابن أقرب في العصوبة إلا أن عقل جنابة المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها وجنابتها على قوم أبيها فكذلك جنابة معتقها وابنها ليس من قوم أبيها ولو

ولأن ثبوت المالكية والقوة في العتق من جهتها فنسب بالولاء إليها ونسب اليها من ينسب إلى مولاها بخلاف النسب لأن سبب النسب فيه الفراه وصاحب الفراه إنما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكية وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب لأن الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى أبا وابنا فالولاء لابن عند أبي حنيفة ومحمد لأنه أقربهم ما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة لأنه أقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها الماذ كرنا لأن عقل جنابة المعتق على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بني ابن آخر (فيراث المعتق للابن دون بني الابن لأن الولاء الكبير) هو المروى عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي أقرب

فصل في ولاد الموالاة

فصل في ولاد الموالاة آخر ولاد الموالاة عن ولاد العتاقة لأن ولاد العتاقة قوى لأنه غير قابل للتحويل والانتقال في جميع الأحوال بخلاف ولاد الموالاة فإن للولي فيه أن ينتقل قبل العقل ولأنه يوجد في ولاد العتاقة الأحياء الحكمى ولا يوجد في ولاد الموالاة أحياء أصلا ولأن ولاد العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوى الارحام بخلاف ولاد الموالاة فإن الشعبي لم يقل بولاد الموالاة وقال لا ولاد الا ولاد العتاقة وبه أخذ الشافعي ومالك وأحمد ثم إن معنى مطلق الولاد لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيره هو أن يسلم رجل على يدرجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أني إن مت فيراثي لك وإن جنيت فعقل عاكك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلاث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره وأما نسبة غيره

ترك المولى ابنا وبني ابن آخر فيراث المعتق للابن دون بني الابن لأن الولاء الكبير هو المروى عن عدة من الصحابة إليه عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبير القرب في العصوبة لا في السن على ما قالوا ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابني صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما من حيث النسب والصلبي أقرب فيستحق الجميع

فصل في ولاد الموالاة آخر ولاد الموالاة عن ولاد العتاقة لأن ولاد العتاقة لكونه غير قابل للتحويل بل كان أقوى بخلاف ولاد الموالاة فإن للولي فيه أن ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحا

(قوله وكل من ثبت من جهته شيء ينسب إليه لأنه عليه) أقول المستتر في قوله ينسب راجع إلى قوله شيء والضمير في قوله وفي قوله لأنه راجع إلى من والضمير في قوله عليه راجع إلى قوله شيء (قوله وصورته امرأة أعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب في رجل أعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو العصبة دون الاب) أقول فضلا لأن يكون أقرب العصبان (قوله لأنه لا يورث الاخوة والاخوات) أقول يعني مع الجد (قوله ولو أن امرأة أعتقت الخ) أقول أو رجلا أعتق عبدا (قوله لأنه من قوم أبيها) أقول ضمير لأنه راجع إلى المعتق على صيغة المفعول

وصورة هذا الولاء أن يتقدم رجل ويسلم على يد رجل ويقول له أو غيره واليتك على أني ان كنت غيري لا وإذا جئت فعقل عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه وله ثلاث شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره وأما نسبة غيره إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقه ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه (٣٨٩) والثالثة أن لا يكون عربياً فان قيل من شرط العقد عقل الأعلی

وحرية فان موالاة الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثاً أوجب بأن المذكورة أغماهي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فأنما هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقله الأعلی إذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه إذا مات عن غير وارث وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تفسير

(قوله وله ثلاث شرائط أحدها الخ) أقول صرحوا بأن لابن أن يعقد الموالاة أو يتحول بموالاة إلى غيره مولى الأب إذا لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافق (قوله والثالثة أن لا يكون عربياً) أقول فيه بحث فان الشرط الأول يغني عن هذا فان قيل من شرط العقد عقل الأعلی وحرية (قوله فيه بحث فان العقل والحرية أيضاً يحتاج إليهما في كل واحدة من الصور أو أذن المولى والمولى) (قوله موالاة الصبي والعبد باطله)

قال (وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا ورث له غيره غير أنه للمولى) وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للصبي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآؤهم نصيبهم والاية في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به بحياه ومماته وهذا يشير إلى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه إلى حيث شاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق

إليه فغير مانع والثانية أن لا يكون له ولاء عتاقه ولا ولاء موالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربياً انتهى (أقول) فيه كلام أما أولاً فلأن الشرطية الأولى تغني عن الشرطية الثالثة اذ لجهالة في نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربياً لأن لا يكون ذلك كالثالثة استقلال من قبيل النصريح بما علم التزاماً وأما ثانياً فلأنه ان أراد حصر شرائط الولاء في هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العدد في أمثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه أيضاً شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به في الكافي أيضاً حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضاً حيث قال وله شرائط وعدها أنها أن يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خالفاً عن الفائدة ويكون ذكر العدد عبثاً ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب الغنية متصلاً بذلك كما تشرق فهمما وجه لان مدارهما على ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال رأساً فلا يحتاج إلى الجواب عنه أصلاً وقال في العناية فان قيل من شرط العقد عقل الأعلی وحرية فان موالاة الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثاً أوجب بأن المذكورة أغماهي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فأنما هو نادر فلم يذكره (أقول) في هذا الجواب خلل فان كل واحد من عقل الأعلی وحرية أيضاً من الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور الإيجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد أصلاً لا بغير إذن مولاه وان أذن له موالاة في القبول كان عقده كعقد مولاة فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلامعنى لقوله وأما ما ذكرنا فأنما هو نادر فلم يذكره ثم ان في تقرير السؤال أيضاً خلل فان تقييد العقل بعقل الأعلی في قوله من شرط العقد عقل الأعلی مما لا وجه له لان عقل الأسفل أيضاً شرط العقد اذ لا يتصور الإيجاب بدون العقل كما لا يتصور القبول بدون عقله وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد الموالاة فتها عقل العاقدين اذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالإضافة إلى ضمير الأعلی في قوله وحرية مما لا وجه له اذ حرية الأسفل أيضاً شرط بل هي أظهر

(٣٧ - تكمله سابع)

أقول أما الصبي فلا يملك من أهل النصرة ولهذا لا يدخل في العاقلة وأما العبد فهو أيضاً لا يملك التزام النصرة إلا بأذن مولاه (قوله فان موالاة الصبي الخ) أقول قال الحاكم في الكافي وموالاة الصبي باطله وكذا ان والى رجل عبداً الآن يكون ذلك بأذن المولى فيكون مولى له أو يوالى الصبي بأذن الأب أو الوصي فيكون مولى للصبي اه (قوله أوجب بأن المذكورة أغماهي الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث

خلا قوله (وان كان له وارث فهو أولى (٣٩٠) منه وان كان من ذوى الارحام) فانه اورد عليه بأنه ينبغي أن يكون الثلث للولى كما لو وصى

قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الارحام) لان المولاة عدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالاتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فأغنى عن المولاة قال (ولولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا لا على أن يتبرأ عن ولائه لعدم لزوم

اشتراطا من حرية الأعلى لانه لا يجوز إيجاب العبد عقد المولاة ولو أذن له مولاه في ذلك ويجوز قبوله إياه باذن مولاه ويصير المولاة لمولاه كما صرحوا به وأيضا لا وجه لتلك ذكر البالوغ في أثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد المولاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فان مولاة الصبي في قوله فان مولاة الصبي والعبد باطله أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلا يمكن بطلان مولاة لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به الى ما ذكره القدرى في مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعتراض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد المولاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة المولاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والاخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة المولاة بل جعله ما حكم له به بعد صحة اتفاقهم ويدل على ما قلنا قول القدرى في مختصره أو أسلم على بدغيره ووالاه بوضعه قول صاحب النخبة ونسب عقد المولاة من أسلم على بدرجل وقال له أنت مولاي ترثني اذا مات وتعتقل عني اذا جنيت وقال الاخر قبلت فينعتق بينهما عقد المولاة وكذلك اذا قال واليتك والاخر قبلت وكذا اذا عدهم مع رجل غير الذي أسلم على يده الى هنا لفظ النخبة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد المولاة أماما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطه ما هناك بناء على ظهور رفض المولاة اشتراطهم ما فيكون قوله ووالاه في قوله اذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه مغنيا عن ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والاخر قبلت كاف في تمام عقد المولاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للمولاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرطا لصحة العقد كما لا يخفى وأما قول القدرى في مختصره أو أسلم على بدغيره ووالاه فلانه لا شك أن مراد القدرى بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يده ليس بشرط فيها وأما قول صاحب النخبة فلأن محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والاخر قبلت ويجوز أن يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاي فقط لا يدل مجموع قوله أنت مولاي ترثني اذا مات وتعتقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد المولاة وبيان صورة المولاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك إذ يجوز أن يكون عدم التصريح به بناء على ظهوره من بيانهم إياه على الاستقلال لا يرى أن لصحة عقد المولاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عر بي وغـير ذلك مع أنهم لم

بكل ماله لا سخر وله وارث معروف وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الورثة ذوالقرابة أرجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوتها شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها أحالة في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له الأبطر ربي الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه

قال المصنف (ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أقول أشار به الى ما ذكره القدرى قبل هذا واذا أسلم الرجل على بدرجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه واعتراض الاتقاني على وجوب اشتراطهما في صحة العقد ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لان القرابة متفق الخ) أقول بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة وجوب النفقة

في مثل العمة والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فانها بصرحوا خلافة في المال الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة

وخلافة قوله (الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كما في عزل الوكيل) فإنه أورد (٣٩١) عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل

في حق العزل ظاهر وهو
تضرر الوكيل بسبب
الضمان عند رجوع
الحقوق عليه اذا كان نقد
من مال الموكل على ما
في الوكالة فاما معنى اشتراط
توقف الفسخ ههنا على

حضرة كل واحد من الأعلى
والأسفل وأجيب بأن سبب
الاشتراط ههنا هو السبب
هناك وهو دفع الضرر فان
العقد كان بينهما وفي تفرد
أحدهما الزام الفسخ على
الآخر بدون علمه والزام
شيء على الآخر من غير
علمه بنفسه ضرر لا محالة
لان فيه جعل عقد الرجل
العاقل البالغ كالعقد
وفيه ابطال فعله بدون علمه
وخلافة قوله (لأنه فسخ حكيم
بمنزلة العزل الحكيم في
الوكالة) فان عزل الوكيل
حال غيبته مقصود الا يصح
وحكما يصح كالأعتق
العبد الذي وكله ببيعته فإنه
أورد عليه لماذا يجعل صحة
العقد مع الثاني موجبة
فسخ العقد الاول وأجيب
بأن الولاء كالنسب والنسب
مادام ثابتا من انسان
لا يتصور ثبوته من غيره
فكذلك الولاء فعرفنا أن
من ضرورة صحة العقد مع
الثاني بطلان العقد الاول
ذكر ذلك كله في النهاية والله
سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كما في عزل الوكيل قصد بخلاف ما اذا عقد الأسفل
مع غيره بغير محض من الاول لأنه فسخ حكيم بمنزلة العزل الحكيم في الوكالة قال (واذا عقل عنه لم يكن
له أن يتحول بولائه الى غيره) لانه يتعلق به حق الغير ولانه قضى به الفاضل ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض
في الهبة وكذا لا يتحول ولده كذلك اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لآخر
في حق الولاء كشخص واحد قال (وليس لمولى العتاقة أن يوالى أحدا) لانه لازم ومع بقائه
لا يظهر الا في

يصح حواشي من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الأنه يشترط في هذا أن يكون
محض من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل
ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من مال الموكل على
ما في الوكالة فاما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجيب
عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما
وفي تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر
بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز
بدون العلم كذا في الشرح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب
العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانت اختاره أيضا (أقول) هذا الوجه يحمل الكلام
فان كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا أمرا ظاهرا لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ
وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الزام في كونه ضررا فغير ظاهر اذ على تقدير علم الآخر به ليس له
قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بل لا ريب
في تحقيق ابطال فعل الآخر في صورة العلم أيضا بالضرورة والظاهر أن علم الانسان بالامر الذي
يكراهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على
حضرة كل واحد منهما مدفع الضرر على هذا الوجه اللهم إلا أن يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما
تعيين في صورة العزل عن الوكالة لأنه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجازاة لكن فيه ما فيه فتأمل
وثانيسا ان فسخ أحدهما هذا العقد بغير محض من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه أما اذا كان
الفسخ من الأسفل فلأنه بما عوت الأسفل فيحسب الأعلى ان ماله صار ميراثا له فيصرف فيه فيصير
مضمونا عليه وأما اذا كان الفسخ من الأعلى فلا أن الأسفل رعا يعق عبيدا على حساب أن
عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية
ومعراج الدراية نفعنا عن الذخيرة (أقول) هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله أن في الفسخ
بدون علم صاحبه ضررا لا غترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله
لأنه فسخ حكيم بمنزلة العزل الحكيم في الوكالة) قيل عليه لماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبة
بطلان العقد الاول قلنا ان الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره
فكذلك الولاء فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح
والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط (أقول) في الجواب بحث من وجهين الاول
ان قولهم والنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره ممنوع فإنه اذا كانت الامة بين شريكين
فجاءت بولد فادعياء ثبت نسبه منهما عندنا كما في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مدلا ومشرحا

(قوله وخلافة قوله (الأنه الخ) أقول معطوف على قوله خلافي قوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج الى تفسير خلافة قوله وان كان له وارث
(قوله وخلافة قوله (لأنه فسخ حكيم) أقول وهذا القول معطوف أيضا على قوله خلافا لما سبق

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قبل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة كل مال المولى الأسفل بعدموته إلى حكمه كما أن الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فكان مناسباً أن يذكّر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً أي جلسته على أمر يكرهه وفي اصطلاح (٢٩٢) الفقهاء عماد كره بقوله اسم لفعل بفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قال (الاكراه يثبت حكمه إذا حصل عن بقدر على إيقاع ما توعد به سلطاناً كان أو لاصلاً) لأن الاكراه اسم لفعل بفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

والثاني أن قياس الولاء على النسب يقتضي أن لا يصح عقد الولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الأول إذا النسب لا يتصور ثبوته من إنسان بعد ثبوته من آخر فينتفي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فمن أين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الأول * ثم أقول يمكن أن يجاب عن الأول بأن المراد أن النسب مادام ثابتاً من إنسان أو لا يتصور ثبوته من غيره ثانياً وثبوت نسب ولداً لأمه المشتركة بين رجلين منهما إنما هو فيما ادعياهما وأما إذا ادعاهما أولاً والآخر ثانياً فاعلم أن ثبت نسب من الأول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة إذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما إلى الآخر فإنه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازماً وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحينية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموفق

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قبل في مناسبة الوضع لماذا كراه العتاق لمناسبة المكاتب وذ كراه الموالاة لمناسبة ولاد العتاق لاق إيراد الاكراه عقيب ولاد الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل فإن ولاد الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعدموته إلى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكروه من حرمة المباشرة إلى حلها في عامة المواضع ثم أن الاكراه في اللغة عبارة عن حمل الإنسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً أي جلسته على أمر يكرهه وأما في اصطلاح الفقهاء فنقد في المبسوط أن الاكراه اسم لفعل بفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعقد به الأهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب فإن المكروه مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ألا يرى أنه متردد بين نرض وحظر وإباحة ورخصة وبأنهم مرة ويؤجر أخرى وهذا آية الخطاب وذ كرفي الإيضاح أن الاكراه فعل يوجد من المكروه فيحدث في الحل معنى فيصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه وذ كرفي الوافي أنه عبارة عن تهديد الصادر بغيره على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ولأن تختار من هذه الثلاث أي هاشتت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسيجي ما يتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فبأن في الكتاب أثناء المسائل (قوله لأن الاكراه اسم لفعل بفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة جلا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن وخفاء القرينة على تقدير

اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة جلا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه

﴿ كتاب الاكراه ﴾

(قوله وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة) أقول فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول فيه ما لا يخفى الآن يقال الاستلزام بلا حظة مقابلة قوله أو يفسد لقوله ينتفي به رضاه إذ لو لم تصح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره) أقول لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير

لا وظاهر أن المراد من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة وانما لم يتعرض يكون للقسم الثالث من أجل الاكراه بضرب بسوط أو حبس يوم على ما يجبي لعدم ترتب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتفي به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فإنه إذا قبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص

وقوله (مع بقاء أهليته) إشارة إلى كون المكروه يستقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالأهلية وإذا كانت الأهلية ثابتة كان المكروه مخاطباً وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب قال (الأكراه يثبت حكمه إذا حصل عن بقدر على إيقاع ما توعد به) شرط الأكراه حصوله من قادر على إيقاع ما توعد به (سلطاناً كان أو لاصاً) وخوف المكروه (٢٩٣) وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله

ليصير بالأكراه محمولا على ما دعى إليه من المباشرة فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما ينبغي ومفصلا ولم يفرق بين حصوله من السلطان والاص (لأن تحققه يتوقف على خوف المكروه تحقيق ما توعد به ولا يخاف إلا إذا كان المكروه قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سبحانه) عندهما (والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنفعة والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قال المشايخ رحمه الله هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف جهة وبرهان لان مناط الحكم القدرة ولم تكن في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكروه لتحقيق الأكراه يشترط خوف المكروه وقوع ما يندبه وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو بواجب داره فأكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالجنس فباع أو اشتري فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

مع بقاء أهليته وهذا انما يتحقق إذا خاف المكروه تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سبحانه عند تحقق القدرة والذي قاله أبو حنيفة أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنفعة والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف جهة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكروه لتحقيق الأكراه يشترط خوف المكروه وقوع ما يندبه وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل قال (وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو بواجب داره فأكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالجنس فباع أو اشتري فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالبيع) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة إلى نوعي الأكراه ويفسد به اختياره وذلك يستلزم في عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره وذلك أنواع الأكراه الثلاثة وموضعه أصول الفقه اه كلامه (أقول) قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه أحد من ذوى الألباب وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليك من الكلام فاعلم أن الشائع المذكور في عامة الكتب من الأصول والقروع هو أن الأكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقتل أو بقطع عضو وهو الأكراه الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقتل أو بجنس وهو الأكراه الغير الملجئ وكل منهما لا ينافي في الأهلية ولا الخطاب وأما فخر الإسلام البرزوي فقال في أصوله الأكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهجم بحبس أبيه أو ولده أو ما يجزى مجراه والا كراه بجملة لا ينافي في أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام الأكراه جل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرة لولا الجمل عليه ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب قال شمس الأئمة هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكر في الكتاب وكأني لم يجعله من أقسام الأكراه لعدم ترتب أحكامه عليه إلى هنا كلام صاحب الكشف إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره للمصنف ههنا من معنى الأكراه وما ذكره شمس الأئمة في المنسوط بعينه وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكورة في أصول فخر الإسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل في معنى الأكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الأكراه شرعا عدم ترتب أحكام الأكراه عليه فإن الأكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضا استمرار وقوع في عامة الكتب من تنويع الأكراه إلى نوعين فقط فإن المقصود بالبيان في الكتب الشرعية أحوال الأكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي

الأكراه (فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم

قال المصنف (والذي قاله أبو حنيفة أن الأكراه لا يتحقق إلا من السلطان) أقول الفتوى في تحقق الأكراه من غير السلطان على قولهما

والا كراه هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم
لانه لا يبالى به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضربه
لقوات الرضا

ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت
غير صحيح في نفسه أما أولاً فلا تجعل قول المصنف فينتفي به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار
أو مع علمه مع ان مقابلة قوله أو يفسد به (٢) رضاه عنعه قطعاً وأما ثانياً فلا أنه قال ان قول المصنف
أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ولا معنى له لانه ان أراد أنه بحسب ظاهره أي بدون تقدير شيء
آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعاً لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه وهو
ثبوت الرضا وان أراد انه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كاذ كره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك
أيضا اذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار
لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كافي النوع الغير
المعني من نوعي الا كراه على ما مر وأما ثالثاً فلا أنه قال وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من
تقدير لا في أو يفسد به اختياره وهو أيضاً محتمل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما
في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المصنف الاشارة الى الانواع الثلاثة لا كراه لان
نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضاً كما عرفت
أنفاً لا تحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لافيه الى القسم الثالث من الاكراه
لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة
انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذي
مسكة ان المعنى الذي نسبته الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد
به اختياره ولا بمعنى أو لا ينتفي به رضاه فهل يجوز العاقل عتق المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالي
عن التعملات بأسرها لو أراد افادة ذلك المعنى الذي نسبته الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول
المشتمل على تعملات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان رتبة المصنف بمنزلة عن مثل ذلك فالحق أن
مراده بقوله فينتفي به رضاه أن ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقربة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره
فان العام اذا قبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كافي قوله تعالى حافظ واعلى الصلوات والصلاة
الوسطى فكان قوله فينتفي به رضاه اشارة الى أحد نوعي الاكراه وهو غير المعني وقوله أو يفسد به اختياره
اشارة الى النوع الآخر منها وهو المعني فانتظم كلامه من غير كافة أصلاً وانطبق لما في عامة
الكتب (قوله والا كراه هذه الاشياء بعدم الرضا) أراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس
المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف ههنا
الاشياء يعني بالبيع وأخواته ولم يذكر أن البيع وأخواته من المكروه عليه لامن المكروه به وهذا نظير
سائر سقطاته في كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم) لانه لا يبالى
به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه (أقول يرد على ظاهر هذا التحري بأن آخر الكلام يناقض
أوله فانه قال في أوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق
الاكراه في هذه الصور أيضاً والما قال بخلاف ما اذا أكره بل كان ينبغي أن يقول بخلاف ما اذا ضرب
بسوط أو حبس يوماً أو قيد يوماً وقال في آخره فلا يتحقق به الا كراه وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه
في هاتيك الصور فتناقضاً والجواب ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا أكره معناه اللغو وهو

والا كراه هذه الاشياء
بعدم الرضا وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط
(فيفسد وان أكره بضرب
سوط أو حبس يوم أو قيد
يوم لم يكن أكره لانه
لا يبالى به بالنظر الى العادة
الا ان كان المكروه صاحب
منصب يعلم أنه يستضربه)
فهو أكره (ل) وجود
العلة حيث ذوهو (قوات
الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه
كذا في النسخ التي بأيدينا
وصوابه أو يفسد به اختياره
اه محسنة

(قوله وكذا الاقرار حجة) معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترحح جنبه الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا كره على الاقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو اقرار كافى البيع الا اذا كان المكروه صاحب منصب أي عز وحرمة فان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستمكنون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحدا كثيرا يستنكف غيرهم من ضرب سباط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الخا كم من حال من ابتلى به (ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف) على الاجازة (قبل الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر من المالك البائع العاقل وصادف محله وهو المالك (والفساد لفقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) (٢٩٥) والبيع بشرط الخيار انما

لا يفيد لانه جعل العقد في حق حكمه كالتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط فاذا ثبت أنه يفيد الملك عند القبض (فلو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز و يلزمه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع الفساد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا يقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها الحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الراد الحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال تعالى ومن جعل البيع الجائر المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لفقد المتعاقدين

وكذا الاقرار حجة ترحح جنبه الصدق فيه على جنبه الكذب وعند الاكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز و يلزمه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع الفساد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا يقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها الحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا الراد الحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال تعالى ومن جعل البيع الجائر المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لفقد المتعاقدين

حل الانسان على أمر يكرهه كما هو ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور والذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي تترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالا كراهية في قوله بخلاف ما اذا كره للشاكلة كافي قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك فحينئذ لا يكون لفظ الاكراه هناك حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل بصريح جازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الاقرار حجة الخ) قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترحح جنبه الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اه (أقول) الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشراء فاسد لم يبق للبائع الاول حق استرداده وههنا لا يقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى له الحاجة أما ههنا فالراد الحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائر المعتاد) يريد به بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بمالك على من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول بعت منك هذا العين بمالك على أني ان دفعت اليك تمثل تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيد لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بقوله البيع الجائر المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكروه عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا كافي البيع المكروه عليه ومنهم من جعله رهنا لفقد المتعاقدين لانهم ما وان سمي ببيع الكن غرضهما الرهن والعبرة للقاصد والمعاني ولا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما أكل من ثمره واستهلكه من عينه والدين ساقط بهلا كنه في يده اذا كان وفي بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذا هلك بغير صنعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لافرق عندنا بينه وبين الرهن

ومنه من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهزل لانهم اتكاملوا بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري وبقى المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه يبيع أو هبة ولهذا سموه بيع الوفاء لانه وفي بيعا هدم رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعا لمخ) اذا قبض البائع الثمن طوعا فقد أجاز البيع لانه دلالة الاجازة كافي البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فوجب كراهه ودفع طائعا حيث يكون العقد باطلا أى فاسدا بوجوب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فان تصرف فيه نفذ تصرفه وعليه ضمان قيمته والفرق بينهما أن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا مجرد اللفظ وما يتعلق به الاستحقاق في الهبة بالقبض وفي البيع بالعقد فكان الاكراه على الهبة اكراهه على الدفع دون البيع (وان قبضه) أى الثمن (مكرها فليس ذلك باجازة وعلى المكره رده ان كان قائما في يده لفساد العقد) (٢٩٦) فيكون الثمن أمانة عند المكره لانه أخذه باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك

انما وجب الضمان اذا كان للملك وهما لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه (وان هلك المبيع في يده المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

(قوله ومنهم من جعله بيعا باطلا اعتبارا بالهزل الخ) أقول لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا (قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان

ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل ومشايخ سمرقند رجعهم الله جعلوا بيعا باطلا مقيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعا فقد أجاز البيع) لانه دليل الاجازة كافي البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فوجب كراهه ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يده المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

هذه العقود التراضي الى قوله فيفسد لا على قوله والا كراهه هذه الاشياء بعدم الرضا فيفسد لان قوله والا كراهه هذه الاشياء بعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضي المشار كذا في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالا كراهه غير مستند بمقدمة من الدليل السابق كما يوضح عنه التقرير بالمدكور في النهاية والعناية فلو جرحه أن يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كله تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهزل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا اه (أقول) لم يقل من جعله باطلا لان المتكلم به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل

باطلا لا يتعقد والفسخ فرع الانعقاد (قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير في ملكه راجع إلى المشتري بل قال المصنف (بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة) أقول واذا أكرهه على الهبة والتسليم فالهبة فاسدة وان أكرهه على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع وفي الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحسانا وقياسا (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على احدى الروايتين وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقاني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبنيا على تلك الرواية وفي البرازية في كتاب الهبة أيضا تفصيل متعلق بالمقام فالقوى ما ذكرنا فيها ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله والفرق الى قوله وفي البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضا بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والمكره عليه فاسد تأمل في جوابه ليظهر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع وقد صرح به في بعض الشروح وتنبه عليه المصنف بقوله على ما هو الأصل ثم لا يخفى عليك أن الاكراه اذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليه الا أن يقال البيع في أصل الوضع يتعلق به الاستحقاق وعدم الاستحقاق لعارض كخيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح

لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آله فيما يرجع الى الاتفاق) وان لم يصلح آله من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكان المكره دفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري) لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بقيمة لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وان ضمن المشتري) يعني أي مشتر كان بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناصخته العقود) أي تداولته (لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شقي التريدين تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لامن حيث الامالة فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عقدا منها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك أجب بقوله (لانه أسقط حقه) يعني في صورة الاجازة (وهو) أي حقه هو المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازة خاصة أوجب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته به لمصادفته ملكه (٣٩٧) فتكون اجازته أحد البيوع فليكا للغير

من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتري مصادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفرق الحال بين اجازته البيع الاول والاخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازه عقدا منها والله أعلم

فصل لماذا كره حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرعا في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته

(وللمكره أن يضمن المكره ان شاء) لانه آله فيما يرجع الى الاتفاق فكذا دفع مال البائع الى المشتري فيضمن أي ما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناصخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم **فصل** (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر) أكره على ذلك بحسب أو ضرب أو قيد لم يحل له الآن بكمه يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كإتيان الخمر لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة اذا خاف على النفس أو على العضو

بل قال انه كالهالز بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والافلاشك أن من شرط كون المتكلم هالزا حقيقة أن تجري المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هالزا كما تقر في علم الأصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعاً ويرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهالز فان معناه قياسا على الهالز ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشبهتين المتغيرين بحسب الذات المشتركتين في العلة

فصل قال أكثر الشراح لماذا كره حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرعا في بيان حكم الاكراه

(٣٨ - تكمله سابع) وذكر فيه الاكراه المجبى وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضو من الاعضاء وغير المجبى وهو الاكراه بالحبس والضرب اليسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثاني ان كان على فعل يسير فليس يعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قولاً يستوى فيه الحد والهزل فكذا ذلك والافهم معتبر فعلى هذا (ان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحسب أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كإتيان الخمر لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو

قال المصنف (لان الاستناد الخ) أقول أي استناد مالك المشتري قال صدر الشريعة في شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذلك الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشتري في صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز عن تقرر ملكه بحسب ينساق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم أعلم أن نظمة ما في قوله وما عرفت نافية

فصل (قوله لقيام المحرم فيما وراءها) أقول الضمير في ورائها راجع الى الضرورة في قوله انما يباح عند الضرورة

(حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبج له ذلك ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به) وأشار إلى أن المجيء بمماز من غيره لغلبة الظن لأن بدن الإنسان في احتمال (٣٩٨) الضرب متفاوت وليس ثم نص مقدر فيعتبر فيه غالب رأى من ابتلى به ولا معتبر بمن

قد روي ذلك أدنى الحد وهو أربعون فقال إن تهديد بأقل منها ليسعه الإقدام لأن الأقل مشروع بطريق التعزير والتعزير يقيم على وجه الزجر لا التلاف لأن ذلك نصب المقدر بالرأى وهو لا يجوز (فان صبر حتى أوقعوا به) أي قتالوه أو أنفقوا عضوه (ولم يتناول) وعلم بالإباحة (فهو آثم لأنه لما أبج) من حيث أن حرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو العضو وحفظ ذلك مع قوات النفس غير ممكن (كان بالامتناع عن الإقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فآثم كما في حالة الخمصة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يآثم لأن الإقدام على ذلك رخصة إذا حرمة) بصفة أنها ميتة أو خير وهي (فائقة) إذا امتنع (كان آخذا بالعزيمة فلا يآثم قلنا لانسلم أن الحرمة فائقة لأن الله تعالى استثنى حالة الاضطرار) فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه (والاستثناء تكلم بالباقي بعد التثنية) فكان لبيان أن المستثنى لم يدخل في صدر

حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه بباح له ذلك (ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يآكل فهو آثم) لأنه لما أبج كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فآثم كما في حالة الخمصة وعن أبي يوسف أنه لا يآثم لأنه رخصة إذا حرمة فائقة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد التثنية فلا يحرم فكان إباحة لا رخصة

الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لأن حق العبد مقدم لحاجته انتهى (أقول) فيه كلام وهو أنه قد ذكر في هذا الفصل حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كما في مسألة الإكراه على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكما في مسألة الإكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكره بالنظر إلى مثل ذلك فالاشبهه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لأن ما تقدم مما يحل فعله قبل الإكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لأنها محظورة قبل الإكراه في حالة السعة (قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه بباح له ذلك الخ) أقول في قوله بباح له ذلك اشكال فان المباح ما استوى طرفاه فله وتركه كما تقر في علم الأصول وفيما نحن فيه إذا خيف على النفس أو على العضو كان طرف الفعل راجعا بل فرضا كما صرح به في كتب الأصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقر وعندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الأصول من كون ذلك فرضا فتأمل (قوله ولا يسعه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يآكل فهو آثم) قال في العناية فان قيل إضافة الآثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فساد الجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتباع به اذا لم يترتب عليه محرم وهو هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار تركه حراما لأن ما أفضى إلى المحرم حرام انتهى (أقول) في الجواب بحث لأنه ان أردبته أن المباح ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه إلى المحرم فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفاه فله وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفاه فله قطعاً فصار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان أردبته أن ما كان مباحا في حالة قد يصير تركه حراما في حالة أخرى لعللة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لأن نحو كل المشقة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك أن صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار أيضا وفي حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعاً فلزم أن تجتمع إباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الانقلاب من الإباحة إلى الوجوب بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم يتناول النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو افضاء الترك فيه إلى قتل النفس المحرم أو إلى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما مستثناة قضان قطعاً فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستثنىين إلى سبب واحد أو إلى سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلل والمعلول فانه لما استدلو على أن الواحد بالشخص لا يعال بعلمين مستقلتين بأنه لو عمل بهما لكان محتاجا إلى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج إلى كل واحدة منهما هو

الكلام (فلا يحرم) حينئذ (فكان إباحة لا رخصة) فامتناعه من تناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلتفت نفسه أو عضوه فكان آثما

(قوله حتى لو خاف على ذلك) أقول أي النفس والعضو (قوله لا ن ذلك نصب الخ) أقول هذا ناظر إلى قوله ولا معتبر بمن قدر في ذلك أدنى الحد

(لكنه انما يأتى اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء) لانه امر يختص بعرفة الفقهاء (فيعذر) أو ساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاثان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن ما أفضى الى الحرام حرام قال (وان أكرهه على الكفر بالله والعباد بالله الخ) اعلم أن كل ما لا يعتبر كراهيا في تناول المينة والنحر لا يعتبر كراهيا في اجراء كلمة الكفر على اللسان لان حرمة الكفر أشد فاذا أكرهه على ذلك بما لا يخاف به على النفس أو العضو لا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جاز له أن يظهر ما أمر به من اجراء كلمة الكفر لكنه يورى والتورية أن يظهر خلاف ما يضر فجاز أن يكون المراد بها ههنا مطمئنان القلب وجزاء أن يكون الايمان بلفظ محتمل معين فان أظهر (٣٩٩) ما أمر به موريا كان أو غيره على

المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايان لم يأتى لحديث عمار ابن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايان قال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايان وقصة معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فعد عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا

(قوله فصار الترك حراما) أقول فكان الفعل واجبا والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان أراد أنه قد ينقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذ الذي فرضناه سبب الاباحة هو سبب الوجوب بعينه

الا أنه انما يأتى اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب قال (وان أكرهه على الكفر بالله تعالى والعباد بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقبيد أو حبس أو ضرب لم يكن ذلك اكراهيا حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضوه من أعضائه) لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر في الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمر به و يورى فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايان فالاثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له النبي عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايان فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايان الآية

هو عليه السلام ومنشأ عدم الاحتياج اليها غلبة الأخرى به فلا استحالة في اجتماعهما لا نأقول احتياج الشيء الى آخر في وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمع معان سواء كانتا مستندتين الى سبب واحد أو الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء أيضا في هذا المقام فليستظر اليه وليتأمل فيه (قوله الا أنه انما يأتى اذا علم بالاباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا يأتى اذا الانسان لا يأتى بترك المباح فأجاب عنه بأنه يأتى اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقفى أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال إذ لا مانعة للعلم في أن لا يأتى الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأتى الانسان بتركه وان علم اباحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا أنه انما يأتى اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا يأتى اذا الانسان لا يأتى بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وتركه الاكل في مسئلته هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء قوله فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد الخ) قال جمهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد

وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناولها النص المحرم فتأمل (قوله فجاز أن يكون المراد به ههنا مطمئنان القلب) أقول فيه مسامحة (قوله وجزاء أن يكون الايمان بلفظ محتمل معين الخ) أقول قد يكون الاكراه على سجود الصائم أو الصليب مثلا ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه في أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا أكرهه الكفار أن يشتم محمد صلى الله عليه وسلم فخطير بيباله أن يشتم محمد آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فخطير بيباله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أجعلوه عن الروية ولم يخطر بباله شيء ففعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافرا اذا كان قلبه مطمئنا بالايان انتهى (قوله على المعنى الثاني) أقول يعني هذا الترديد والتسوية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الاول فانه لا يمتنع

لان أدنى درجات الامر الاباحة (٣٠٠) فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر عما لا تنكشف حرمة وموضعه

أصول الفقه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة اقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فبمعناه الملبس اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خبير رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب ومما روى رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيق في الجنة لان الركن الاصل في فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توها (فبمعناه الملبس اليه) احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لان خبير رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب ومما روى رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله (أى فيه وكلمة مثل زائدة) هو رفيق في الجنة وقصته معروفة أيضا

(قوله لان أدنى درجات الامر الاباحة الخ) أقول فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا يبنى الحظر فان المحذور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوه كالخس في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره

ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة اقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فبمعناه الملبس اليه قال (فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا) لان خبير رضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب ومما روى رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيق في الجنة

ط - ما نبه القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كما زعم البعض لان أدنى درجات الامر الاباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمة أصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا يبنى الحظر فان المحذور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوه كالخس في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى (أقول) هو اد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة وانما استعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نحملها على الحقيقة وحقيقة الامر وانما تصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمانينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا أى عد الى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعدي الى ما كان منك من النيل منى وذ كراهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه (قوله ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة اقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فبمعناه الملبس اليه) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصل في فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط (وفي الامتناع فوت النفس حقيقة) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توها فبمعناه الملبس اليه احياء حقه اه كلامه (أقول) في تقريره خلل أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاذه كما تقر في موضعه والمفروض ههنا طرأ بانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكرها لا يضاذه الاقرار طواعية وانما يضاذه اظهارها طواعية قلت ههنا مبني على جواز اظهارها حاله الا كراهه وهو أول المسئلة فأخذه في أثناء اقامة الدليل على مصادرة فهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه كلام الناسى وجوده بمنزلة العدم فانه ايضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة وأما ثانيا فلا لأن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توها ما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لو افوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فيما اذا صبر حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما سألني ولان الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسهط عنه الحرمة أصلا وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صوره في حالة الا كراهه وكفر صوره ومعنى في حالة صفة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا أن المبتلى بالا كراهه عليه يصير معذورا حاله الا كراهه فبمعناه الملبس اليه

(ولان الحرمة باقية) انتهى فيج الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع (فكان الامتناع عزيمة لا عراز الدين بخلاف ما تقدم) من كل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية (الاستثناء) كما تقدم واعترض بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعلهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان قاله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة في الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحه اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممنوع التخلف عن الحكم (٣٠١) الذي هو معلوله وان كان المراد بها

السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعسلا اباحه وقولهم لان الكفر مراما لا يكشف حرمة صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لا في الكفر

(قوله وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر الى قوله الامن اكرهه

ولان الحرمة باقية والامتناع لا عراز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى بقوله الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعلهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن اكرهه وقلبه مطمئن بالايمان قاله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة في الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحه اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممنوع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك اه (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقي التردد ولا يلزم محذور أصلا لا يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الأصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذلك ممنوع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للعلة انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكا دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقر ذلك كله في علم الأصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمنع التخلف ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا

وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعني لان سلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى فعلمهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم ولكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا بدليل (قوله كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كما في صورة العفو فان الحكم فيما ذكره ليس معدوما بل متراح نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممنوع التخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكا دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الأصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعسلا اباحه) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمرار رضي الله عنه ان عادوا فعسلا اباحه وعلى وجه الاباحه لا على وجه الإيجاب ولا على التدبر روى القاضي في تفسيره بهذا اللفظ فان عادوا فكذلك فعلهم بما قلت وكذا غيره من المفسرين فلا مجال لما ذكره المصنف من التأويل لا يتربح حكم الكفر عليه ولا قبل الاقرار ركن زائد والتفصيل في الأصول وان كان مكرها غايته انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولا قبل الاقرار ركن زائد والتفصيل في الأصول

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم) وان أكره رجل على اتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه جازله أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آله للمكره فيما يصلح آله والالتلاف من هذا القبيل) لان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه وقوله فيما يصلح احتراز عن الكل والتكلم والوطء فانه فيما لا يصلح آله (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان أثماً لان قتل المسلم) بغير حق (مما لا يستباح للضرورة ما فكد بالاكراه) وهذا النزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية فانه إما أن كان يجب على المكره والمكره جميعاً ولا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله والرابع قول زفر رحمه الله انه أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره (٣٠٣) منه بغير واسطة وحسب فانه معان مشاهد وكذا شرعاً لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة الخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكره) لان المكره آله للمكره فيما يصلح آله والالتلاف من هذا القبيل (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان أثماً) لان قتل المسلم مما لا يستباح للضرورة ما فكد بهذه الضرورة قال (والقصاص على المكره ان كان القتل عمداً) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليه ما قال الشافعي يجب عليه ما لزم أن الفعل من المكره حقيقة وحسب وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف الى غيره وبهذا يتسكك الشافعي في جانب المكره ويوجب له على المكره أيضاً لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا الحكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولا يوجب أن القتل بقى مقصوراً على المكره من وجه نظراً الى التأنيم وأضيف الى المكره من وجه نظراً الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياتة فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فيبقى الفعل مقصوراً عليه في حق الاثم

اليه في الجملة وقوله فانما يخاف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخير عن منع بل السبب الشرعي مطلقاً من حيث انه سبب يجوز بخلاف الحكم عنه اذا لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علته فلم تتحقق تلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضاً مع كونه مقرر في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الاتصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخالف الحكم عن السبب الشرعي بل هو مسوق لجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليلاً على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبارضى الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى

فأوجب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقرر عليه شرعاً فجاز اضافته الى غيره وبهذا يتسكك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجب له على المكره أيضاً لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا أى في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل الحمد فاقص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبب ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلاً

لشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضاً والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة و لشافعي يضيفه الى الغير تسبباً فلا تنافي ولا يوجب رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظراً الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأنيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه وكونه محمولاً على الفعل يدل على أنه كالألة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يتدفع بها ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحياتة والمحمول على الفعل بالطبع آله لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آله لا يضيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله (ولا يصلح آله في الجنابة على دينه فيبقى الفعل في حق الاثم مقصوراً عليه

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث

كأنقول في الاكراه على الاعتاق) فان اعتاقه ينتقل الى المكره من حيث اتلاف مال به العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد و يقتصر عليه من حيث التسكام فانه لو انتقل اليه من حيث التسكام أيضا لم يقتض العبد (و) كأنقول (في اكره المجوسى على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) واذا ظهر أن المكره آله لا المكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخضعة فقتل انسانا أو كل لحمة حتى بقي هوجيا يثار الحياة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكره لانه ليس ثمة من يكون آله فيضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال (٣٠٣) سواء كان هذا المكره الاكره

عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على الاكره وعزاه الى المبسوط ونسبه شيخ شىخى علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرهما ونقل عن أبى اليسر في مبسوطه ولو كان الاكره صبيا أو مجنوناً لم يجب القصاص على أحد لأن القاتل فى الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه قال (وان أكرهه على طلاق امرأته) وان أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكرهه عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فان تصرفات المكره كلها باطلة الآن يكون اكرها بحق (وقدمر) دليل الفريقين (في الطلاق ويرجع على المكره بقيمة العبد لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت فى حق التلفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله فى حق التلفظ قدينا فى

كأنقول فى الاكراه على الاعتاق وفى اكره المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره فى الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكرهه عليه عندنا) خلافا للشافعى وقد مر فى الطلاق قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا

الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيق فى الجنة ولولم تبق الحرمة أبدا فى اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توقعه من القتل ولما استحق المدح فى ذلك لان فى الامتناع عن المباح فى تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهى حرام فيلزم أن يأثم بذلك كفى حالة المخضعة كما مر (قوله ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال فى العنانية ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت فى ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله فى حق التلفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قدينا فى عنه فى الجملة كفى اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اه (أقول) فيه نظر لان الانفكاك فى اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافى ثبوت الاعتاق فى ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق فى صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكان بعض الفضلاء تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذى يثبت ثبوت الاعتاق لافى ضمن التسكام كما اذا ورث القريب اه (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت فى صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما صرح حوايه فاطبة وقد مر فى كتاب الولاام مفصلا والكلام ههنا فى الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب * ثم أقول لافائدة الحديث لانفكاك أصلا فى الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه فى ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود السؤال المذکور لا محالة ولا يجدى شىء فى دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ فى صورة أخرى فالحق عندى فى الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره لآلية فى حق التلفظ عدم صلاحيته لها فى حق ما يثبت فى ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيتها لها فى حق التلفظ لعله امتناع التسكام بلسان الغير وهى غير متحققة فى حق ما يثبت فى ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه أن يأخذ المكره ويلقيه على المال فينقله كما صرح حوايه فيما مر (قوله فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا) لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا فى الكافى وغيره فان قيل ينبغى أن لا يضمن المكره لانه أ تلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كذا اتلاف أجيب بأن الاتلاف بعوض انما يكون كذا

ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله فى حق التلفظ فكذا فى حق ما يثبت فى ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قدينا فى عنه فى الجملة كفى اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آله صحت الاضافة اليه (فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا)

(قوله ونسبه شيخ شىخى علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد شىخه الامام العلامة قوام الدين أبى عبد الله محمد بن أحمد السكاكى مصنف معراج الدراية فى شرح الهداية (قوله ومنع صلاحيته لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صلح آله من حيث الاتلاف (قوله والتلفظ قدينا فى عنه فى الجملة كفى اعتاق الصبي) أقول فيه تأمل فان الذى يثبت ثبوت الاعتاق لافى ضمن التسكام كما اذا ورث القريب

ولاسعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيما إذا قال المكره أردت بقولي هو عتق فاستقبلا كما طلب مني فإنه يعتق العبد قضاء وديانة
و يضمن المكره قيمة العبد لانه أتى بما أمر به على وفق ما أكرهه وكذا إذا قال لم يخطر ببالى سوى الاتيان بطلوبه وان قال خطر ببالى
الاخبار بالحريه فيبعض كاذباً وأردت ذلك لانشاء الحريه عتق العبد قضاء لاديانته لانه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في الاقرار
فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذباً ولا يضمن المكره شيئاً لان العبد عتق بالاقرار طائعا لا بالاكراه فان قيل ينبغى أن لا يضمن
المكره لانه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كالاتلاف فالجواب أنا لاننا سلم أن الولاء عوض لان سببه العتق على ملك المولى
فكيف يكون المكره معوضاً (٤٠٣) عما أتلفه بما لا يتعلق له به أصلاً سلمناه ولكن انما يكون كالاتلاف اذا كان العوض

ولاسعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحريه أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما - ما
ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانهم أخذوا بالتلافه
اتلاف اذا كان العوض مالا كالأول كره على كل طعام الغير فا كل فإنه لا ضمان على المكره لانه حصل
للمكره عوض أو كان في حكم المال كما في منافع البضع اذا أتلفها مكرها لان منافعه تعدد مالا عند
الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهدى الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا
في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكك بما لو أكره على شراء ذى رحم منه فعتق عليه فان المكره
لا يرجع هناك قيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع
ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة قطاهر وأما حكماً فلا لأنه لم يقل به أحد
كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج
الى الحريه أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض اذا عتق عبده وعليه دين لان
السعاية تجب عنه لحق الغرماء بخلاف الراهن اذا أعتق المرهون وهو ميسر فإنه تجب السعاية لحق
المرتبه من كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية يدل ذلك بخلاف ما اذا كان العبد
مرهوناً أكره الراهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتبه به اه
(أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا أكره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه
سوى شرح تاج الشريعة له - هذا الكتاب فإنه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير أبداً حتى يحتاج
الى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهوناً أكره الراهن على اعتاقه وهو ميسر فحينئذ تجب على العبد
السعاية لتعلق حق المرتبه برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اه ولعله
غلط وقع من تاج الشريعة فاعتبر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب
السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا أعتق الراهن العبد
المرهون وهو ميسر تجب السعاية على العبد لحق المرتبه حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن
فيما اذا أكره على اعتاق عبده المرهون نفعل بقدر على ايفاء حق المرتبه بما ضمنه المكره من قيمة
ذلك العبد فان له أن يضمه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغى أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان
قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهوناً أكره الراهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا
لان تلك الصورة داخله ههنا في اطلاق ما نحن فيه من مسئله الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

مالاً كالأول كره على كل طعام الغير فا كل فإنه لا ضمان
على المكره لانه حصل
للمكره عوض أو في حكم
المال كما في منافع البضع
اذا أتلفها مكرها لان منافعه
تعدد مالا عند الدخول
والولاء ليس كذلك لانه
بمنزلة النسب ألا ترى أنه
اذا شهد بالولاء ثم رجعا
لا يضمنان وأما عدم
السعاية فإنها انما تجب
للتخريج الى الحريه كما هو
مذهب أبي حنيفة رضي
الله عنه أن المستسعى
كالمكاتب وقد خرج فلا
يمكن تخريج بحقه ثانياً أو
لتعلق حق الغير ولم يتعلق
بالعبد حق الغير فلم يوجد
شيء من موجبي السعاية
بخلاف ما اذا كان العبد
مرهوناً أكره الراهن على
اعتاقه فإنه يجب على العبد
السعاية لتعلق حق الغير
وهو المرتبه به وهذا على
مذهب أبي حنيفة سالم عن

النقض وأما على مذهبهما فإنه ينتقض بما اذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق
بينها
ملكه ولا حق لاحد فيه ويزاد له ما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على
العبد بما ضمن لانه مؤاخذ بالتلافه) يعني أن المكره انما يضمن من حيث انه جعل متلفاً للعبد حكماً فكأنه قتله واقتول لا يضمن شيئاً
قوله فكيف يكون المكره معوضاً عما أتلفه بما لا يتعلق له به أصلاً) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تتعلق لهما بالمكره فالتسديد
أعم ولعله لذلك بادرا الى التسليم (قوله بخلاف ما اذا كان العبد مرهوناً أكره الراهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية) أقول ان
ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام والا فينبغى أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره للمكره رهناً بدل العبد
فلينأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتبه في الرهن

(لأنها) أي الرجعة والابلاء والنفقة (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فإن أكرهه على اعتناق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجراءه عنها ولم يرجع على المكروه بقيمته لأنه أمره بالخروج عما رزقه وذلك منه حسنة لا اتلاف بغير حق وإن عين عبد ذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكروه بقيمته لأنه أنلف عليه ماله العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه وإذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأن المالك يستبعضونه على أحد وان ترك التي آلى منها أربع أشهر حتى بانث ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكروه لأنه كان متمكنا من القربان في المدة فإذا لم يفعل كان ذلك رضامنه بما رزقه من الصداق وإن قربها وكفر لم يرجع على المكروه بشئ لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه وإن أكرهه على أن يتخلى امرأته ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والا كراهه لا يمنع وقوع الطلاق بلا بدل فكذلك لا يبطل أو يمين لوجود التمرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الا كراهه (فلو كان مكروها على الخلع دونها الرزق البديل لرضاها بالاتزام) بازاء ما سلم لها من البتونة ولا شئ على المكروه للزوج لأنه أنلف عليه ماله ليس بحال وهو النكاح فلا يضمن به فإن قيل إن خالعها وهي غير ملووسة فاستحققت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكروه لتأكيدهما كان على شرف السقوط أولا قلنا لا يخلو أما أن ساق الزوج المهر إليها كله أولا فإن ساق رجوع على المكروه بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا لأنه وإن أوجب البراءة لكن كتابا براءة مكروه والبراءة مع الاكراه (٣٠٦) لا تصح وإن لم يسفر رجوع عندهما خلافاً لأنه غير مكروه في هذه الصورة على البراءة قال

(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أولاً أن أكرهه أحد على الزنا فزنى وجب عليه الحد لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آتسه وذلك لا يكون إلا بلذاته وذلك دليل الطوعية بخلاف المرأة فأنما جعل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطوعية ثم رجوع وقال لأحد عليه إذا كان المكروه

لأنه أتصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الا كراهه ولو كان هو مكروها على الخلع دونها الرزق البديل لرضاها بالاتزام قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود

بالسفة فإنه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد اعتق ملكه ولا حق لأحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجب الحد) وجه قوله ما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرة المكروه على الإيقاع وخوف المكروه الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف القوت بالاتجاء إلى السلطان فيجمل في الإيقاع ووجه قوله أن المكروه يهجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالاتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال ندره ذلك ممنوع كيف ووقوع

هو السلطان لأن الحد لا يرجح ولا حاجة مع الاكراه لأن الزنا جاركان حاصل إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصدهم هذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة فيصير ذلك شهية في إسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشأ من التأمّن من غير اختيار وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله أنه لا يلزمه الحد وأما تقييده الاكراه بالسلطان فقد قيل أنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قوله ما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرة المكروه على الإيقاع وخوف المكروه الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً لأن السلطان يعلم أنه لا يفوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف القوت بالاتجاء إلى السلطان فيجمل في الإيقاع ووجه قوله أن المكروه يهجز عن دفع السلطان عن نفسه إذ ليس فوقه من يلجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالاتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكروه لا يحسب إلهام المهر لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فإذا سقط الحد وجب المهر أظهاراً لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلأن الأذن ليس بحل الوطء فكان أذنها لغوا لكونه محجوراً عنه ذلك شرعاً

(قوله فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول قال الاتقاني الاكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع انتهى فقول الشارح فإن اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حينئذ في موضع من المصر تدبر

(واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه لان الردة بتبديل الاعتقاد لا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لم يكفر وفي تبديله شك) وكان الايمان بالغايبين فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها (٣٠٧) من البيئونة ويجوز أن يجعل كلامه

دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه بصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت البيئونة) المترتبة على الكفر (بالشك) فان قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان

قال (واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد لا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان

ظفر الصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصى ولئن سلم النادرة فإن لا يكون للنادر حكم فيما يندري بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذا شك أن مجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق النادرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء لا يرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولا في حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر نعتبه كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقدير يمكن أن يندفع منع النادرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يندري بالشبهات كما نحن فيه على حاله * ثم أقول اطلاق مسألة الكتاب واطلاقات عامة المعبريات في أن حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب به سدر على تحقيق ما هدده به عندهما مما لا يساعد القول بأن الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتبني سائر المعبريات قال الامام فاضل خان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبينه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده به وعليه الفتوى انتهى وقال في النخبة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجبي من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسألة الزنا وصورتها غير السلطان اذا أكرهه جلا على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وأما في غيره فأكرهه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الاحكام أيضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف جهة وبرهان انتهى فتسدر (قوله) لان الردة تتعلق بالاعتقاد لا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمان لا يكفر وفي اعتقاد الكفر شك فلا تثبت البيئونة بالشك قال صاحب الغاية ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه بصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت البيئونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله انعم من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التغير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبديل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب أن تبديل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فالتحدا معنى فمعنى جعلهما دليلين وان جعل مدار جعلهما دليلين مجردتايرهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضا لان الواقع

قال المصنف (واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) أقول قال العلامة الزيلعي هذا اذا قال لم يخطر ريبا لي شيء وفويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان فانه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مخصص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر ريبا أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراه كلمة الكفر على لسانه من

غيرا كراه نصار نظير ما لو فوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله) ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول لافريقين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى

فالقول قوله استحسانا) وفي القياس القول قولها فتقع الفرقة لان التكلم بكلمة الكفر بسبب حصول اليقونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع والمكروه كما في الطلاق وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفرقة) يعني لم يظهر فيه اظهروا بيننا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا (٣٠٨) يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالتها عليها من حيث أن اللفظ

فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى اذ لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكرهه على الاسلام حتى يحكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتسكن الشبهة وهي دارنة للقتل

في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى (قوله) فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبديل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبديل فكان القول قوله) قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة يعني لم يظهر منها ظهورا بيننا من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالتها عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجعه لما في القلب فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتها عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبديل فضلا عن أن يكون صريحا يقوم لفظه مقام معناه (قوله) فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فان قوله فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتها عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا في المعنى المجازي ولا شك أن اللفظ ههنا هو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لاحقية ولا مجازا وانما هي أي الفرقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستنباع لا بطريق الاصله فصارت من قبيل مستنبعات الالفاظ المغيرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا التجاوزة عن المعنى الحقيقي الى أي شيء كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتم مستنبعات الالفاظ أيضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية بأباه جدا قوله من قبل يعني لم يظهر فيه اظهروا بيننا من حيث الحقيقة فتمامل فالوجه الجمل المفيد المطابق للشروح ما ذكره صاحب النهاية معزى الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والا كراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح اه (قوله) بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقراء باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا انتهى (أقول) فيه نظر فان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي مع غشيه على المذهبين معابيل غشيته على المذهب الثاني اظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من الايمان كان المكروه على الاسلام آتيا بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحاً لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق وكان الاقرار شرطاً لاجراء الاحكام فانه على هذا

دليل وترجعه لما في القلب فان دل على تبديل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان دلالتها عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبديل فضلا عن أن يكون صريحا يقوم لفظه مقام معناه (قوله) فلهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل أن يكون لفظه موافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الاسلام في الحالين) قيل أي في حال الاكراه على الردة والا كراه على الاسلام (لان الاسلام يعلو ولا يعلى) فلم يجعل كافرا في الصورة الاولى وجعل مسلما في الصورة الثانية ترجيحاً للاسلام (وهذا في حق الحكم أما بينه وبين الله تعالى اذ لم يعتقده الاسلام فليس بمسلم) وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الايمان هو التصديق والاقراء باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فانهم يجعلون

الاقراء كذا (ولو أكرهه على الاسلام حتى يحكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتسكن الشبهة) أي شبهة عدم الارتداد لجواز لا يتحقق أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارنة للقتل)

(قوله) وكان هذا اشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي) أقول فيه بحث خلفاء اشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على تقدير أن يكون الاقرار ركنا فان الحكم به اذ هو الظاهر لنا وليس في كلامه ما يدل على شرطية الحكم

(قوله ولو قال الذي أكره) معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قولها قد ثبت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه قضاء لاديانته لأنه أقر أنه طائع بآتيان ما لم يكره عليه لأنه أكره على الإنشاء دون الإقرار ومن أقر بالكفر طائعا ثم قال غنيت به الكذب لا يصدق القاضي لأنه خلاف الظاهر إذا الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانته لأنه ادعى ما يحتمله لفظه (ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر) وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بآنت قضاء وديانة لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره) لأنه لما خطر هذا بياله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوي (٣٠٩) ذلك والضرورة قد اندفعت

بهذا الامكان فاذا لم يفعل وانشأ الكفر لم يكن أجرى كلمة الكفر طائعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فبين امرأته قضاء وديانة والحاصل أن المكره على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه في وجهه لا يكفر سراحا قضاء ولا ديانة وفي وجهه يكفر فيه مباحية وفي وجهه يكفر قضاء وفي رفق القاضي بينه وبين امرأته ولم يكفر ديانة وذلك لأنه إذا أجزاها فاما أن يخطر بباله غير ما طلب منه أولا والثاني هو الاول والاول ان خطر بباله أن يقول ذلك ويريد الأخبار عما مضى كذبا وأراد أنه هو الثالث وان لم يرده فهو الثاني وإذا ظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسألة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (لما مر) إشارة الى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره والله أعلم بالصواب

ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه حكما لاديانته لأنه أقر أنه طائع بآتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بآنت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه قضاء لاديانته ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر ببالي الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

كتاب الجحر

لا يتحقق شيء من ركني الايمان في المكره على الاسلام وانما يكون التحقيق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتمشى ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة وعلى تقدير أن يكون الاقرار ركن من الايمان يلزم أن ثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه ينتفي الاقرار إذا ذلك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لاحتمال لا نقول ان من قال بأن الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلي منه كالصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلي وفسر معنى كونه ركنًا زائداً بأن الشارع اعتبره في وجود المالك لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوًا واعتبر المالك موجودًا حكمًا وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر عتبي ما في الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تأمل توقف

كتاب الجحر

أورد الجحر عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية الاختيار عن الجحرى على موجب الاختيار الا أن الاكراه كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجحر كان أحق بالتقديم كذا في الشرح ومن محاسن الجحر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الوري وفاوت بينهما في الجحر فجعل بعضهم أولى الرأي والنهي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعته الذي هو ناقص

كتاب الجحر

أورد الجحر عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية الاختيار عن الجحرى على موجب اختياره الا أن الاكراه كان أقوى تأثيرا لأنه فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الجحر كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة

كتاب الجحر

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع) أقول قوله هو في الموضوعين راجع الى الجحر وقوله هو راجع الى الشفقة

والآخر التعظيم لاهر الله وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الأسامي والحق بها المفتي المباحن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير (٣١٠) الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب

قال (الاسباب الموجبة للحرث ثلاثة الصغر والرق والمجنون فلا يجوز تصرف الصغير الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلنقصان عقله غير أن اذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يهلك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضى بفوات حقه والمجنون لا يتجملعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازها اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف في العبد لحق المولى فيختبر فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحري مصلحتهم فانيه ولا بد أن يعقلا البيع ليو جدر كن العقد فينقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيل عن غيره كاي نافي الوكالة فان قبل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر فلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

العقل فأثبت الجبر عليهم ما عن التصرفات نظر من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر بلزيمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردعهما وتعييز واقر يردعهما وكذلك جبر الصبي والرق في أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فاهو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي وأما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالجبر لرقه نظر المولى ثم ان الجبر في اللغة هو المنع فانه مصدر جبر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولا فلان الجبر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً كما يفصح عنه ما سياتي في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعني الصغر والرق والمجنون توجب الجبر في الاقوال دون الافعال وأما ثانياً فلان المحجور عليه غير مختص في الصغير والرقيق والمجنون بل المفتي المباحن والمتطب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعنبرات وسيأتي في الكتاب شيئا فشيئا فتدبر في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجمله في التعريف المزبور تقييد من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الجبر في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولاً لا بفعل ولا يصغر ورق وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك للحذو والاول ولكن يبقى الحذو والثاني على حاله كالأخفى فالاولى ما ذكر في معراج الدار به فانه قال فيه ثم الجبر لغة المنع مصدر جبر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لا لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للجبر بأي سبب كان انتهى تدبر (قوله الاسباب الموجبة للحرث ثلاثة الصغر والرق والمجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق والحق بما اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضا وهي المفتي المباحن والمتطب الجاهل والمكاري المفلس وأما جبر المديون والسقيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله

بحال ما وأما الذي لا يكون مغلوباً وهو الذي يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء أما عدم جواز تصرف الصبي فلنقصان عقله وأهلية التصرف انما هي بالعقل لكن أهليته مترتبة واذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه جبر عليه لرعاية حق المولى كي لا يتعطل عليه منافع عبده فانه لو لم يثبت الجبر لنفسه البيع الذي يشره وشرائه فيلحقه ديون فيأخذ أربابهم أ كسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولئلا يهلك رقبته بتعلق الدين به اذا لم يكن له كسب غير أن المولى اذا أذن فقد رضى بفوات حقه والمجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال (ومن باع من هؤلاء شيئا) أراد بهم هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذي يجبر ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بين الضر والنفع ينقد موقوفا اذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لافادة هذا الحكم أعني

كون البيع سالباً والشراء جالباً وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لافادة هذا الحكم (والولي بالخيار ان شاء أجازها اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف في العبد لحق المولى فيختبر فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحري مصلحتهم فانيه ولا بد أن يعقلا البيع ليو جدر كن العقد فينقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيل عن غيره كاي نافي الوكالة فان قبل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر فلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

وهنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره عن الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى أما ههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكورا ههنا فأورد الاشكال وهو موجود (٣١١) في بعض النسخ وكذا في نسخة سماي

وكذا ذكره شيخنا في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة)

يعني الصغير والرق والمجنون (توجب الجحري في الاقوال) يعني

ما تردد من بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه

المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين

الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمد منها ضررا

كالطلاق والعقاق فانه يوجب الاعدام من الاصل

في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمد

منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصدقة فانه

لا يجزئ فيه على العموم (قوله دون الافعال) يعني ان

المعاني الثلاثة لا توجب الجحري في الافعال (لان الشأن

ان الافعال لا يرد لها) حتى ان ابن آدم لو انقلب على

قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في

الحال وكذلك العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا

لزمهما الضمان في الحال (لان الافعال توجد حسا

ومشاهدة) ويحصل بها الاتلاف والاتلاف بعد

الحصول لا يمكن أن يجعل كالاتلاف

وهنا لم نجد نفاذ عدم الاهلية أو لضرر المولى فوقه قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحري في الاقوال دون الافعال) لانه لا يرد لها وجودها حسا ومشاهدة

كذا في الشروح (أقول) قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العتة في المجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلاثة وهي الصغير والرق والمجنون وفي كتب الاصول على جعل العتة

قسما للمجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفة في اثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التي هي الصغير

والرق والمجنون توجب الجحري في الاقوال حتى أوجب التوقف في الاقوال التي ترد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بقرينة العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الجحري من الاصل بالاعدام في حكم

أقوال تتمتع ضررا كالطلاق والعقاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلاثة يعني الصغير والرق والمجنون

توجب الجحري في الاقوال يعني ما تردد من بين النفع والضرر كالبيع والشراء أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمد منها ضررا

كالطلاق والعقاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمد منها نفعاً كقبول الهبة والهبة والصدقة فانه لا يجزئ فيه على العموم انتهى كلامه (أقول) خصص الشارح المزبور الاقوال

المذكورة في مسألة الكتاب بالاقتوال المترددة بين المنع والضرر حيث قال أعني ما تردد من بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ما تعم نفعاً وما تعم ضررا وكان فائدة اخراج الاول ظاهرة

لعدم ثبوت الجحري فيه أصلا دون فائدة ثبوت اخراج الثاني لثبوت الجحري فيه أيضا في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الجحري أيضا حيث قال أي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين

الصغير والمجنون والعبد وأشار بذلك الى عدم ثبوت الجحري بهذا المعنى الخصوص فيما يتعمد ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله وأما ما يتعمد منها ضررا كالطلاق والعقاق فانه يوجب الاعدام من

الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيصين المذكورين يلزم اذ ذلك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه

الشارح المزبور يصير ما لمعنى هذه المسئلة وهي قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحري في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصد فلولي

بالتحيار ان شاء اجازة اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة التجرد كونها نوطئة لقوله دون الافعال وانتهى ما لا يناسب حينئذ ادراج ما يتعمد ضررا من الاقوال كالطلاق

والعقاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحري في الاقوال وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما

ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل المذكور وقد وقع التصريح ببقاء التفريع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الجحري

(قوله وكذا ذكره شيخنا في

شرحه) أقول أراد الكاكي (قوله يعني ما تردد من بين النفع والضرر) أقول الاولى عندى هو تعميم الاقوال لما تعم ضررا وما تردد بين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما يخصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعدام من الاصل) أقول

فلا ينقد (قوله في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

(بخلاف الاقوال لان اعتبارها) حال كونها موجودة حاصل (بالشرع والقصد من شرط الاعتبار) وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتفي المشروط به وأما في العبد فالقصد وان وجد منه ولكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فبإلها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الاعمال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود (٣١٢) منها عينها فبعدم ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول

قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا مردلها يعني أن الافعال اذا وجدت لا مردلها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحذود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دارئة لما يترتب عليه من الحذود والقصاص قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالمولى بالخيار وانما أعاد هذه المسئلة تقريرا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجز عن الاقوال لتساق القوليّات في موضع واحد (قوله لان اعتبارها حال

بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرى بالشبهات كالحذود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما) في الاقوال دون الافعال فتعين التفريق بنفس عبارته قال وجهه عندى أن اللام في الاقوال في قوله توجب الحجز في الاقوال للجنس وأن المراد بإيجاب الحجز في قوله توجب الحجز في الاقوال ما يسمى بإيجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وإيجاب الاعداد من الاصل كما في الاقوال المتعلقة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعنى ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسطور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريق المسائل الانية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجز في الاقوال التي تمتنع نفعا لان تحقق الحجز في جنس الاقوال لا يقتضى تحققه في جميع أفرادها فان الاصل المزبور مجعلا وما فرغ عليه من المسائل تبين أنه لما جعل في تلك المسائل مما يحجز فهو داخل تحت حكم الحجز وما لا فلا تأمل توقف (قوله بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعناق والعقود عن القصاص واللين والنذر كلها من الاقوال المعسرة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عناق الحر البالغ العاقل هازلا وكذا عيونه هازلا ونذره هازلا لا يصح معتبرا في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع أن الهزل ينافي بالقصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فبإلها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعدم ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فانه غير متمسك في الانشآت لانها لا يبادر الى تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعسرة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشآت فلا يستقيم التقريب وأما في الثاني فلانه منقضى بما تساوى فيه الحد والهزل من الاقوال كالتلاذ والعناق ونحوهما تدبر تفهم (قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع

كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أى اعتبارها مفيدة للاحكام بالشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الاثار والاحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول واذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تبويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه) رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه (والاعتاق يتمحض مضرة) لا بحالة (و) الطلاق وان أمكن أن يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) أما في الحال (٣١٣) ف(لعدم الشهوة)

وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتناثر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا يتوقفان بمباشرة) أي الولي (بمختلف سائر العقود) وقوله (و) أن تلقاشياً بيان لتفريع الاعمال على الاصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والخائض المائل بعد الشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الخائض في وقوع الخائض ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) إشارة إلى قوله بخلاف الاقوال والقصد من شرطه وقوله (فأما العبد فإقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما وإقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما روينا) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا يتوقفان بمباشرة بخلاف سائر العقود قال (وان تلقاشياً لزمهما ضمناً) احياء الحق المتلف عليه وهذا لان كون الانلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والخائض المائل بعد الشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال (فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعبرى عن تعاق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك انلاف ماله قال (فان أقر بعمال لزمه بعد الحرية) لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبق على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك (و) بنفذ طلاقه لما روينا وقوله عليه الصلاة والسلام لا تملك العبد والمكاتب شيئاً الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تقويت منافعها فينفذ والله أعلم بالصواب

من هؤلاء شيئاً قالوا بالخيار وانما أعاد المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الاقوال لتناق القبوليات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء واذا أراد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة السكر انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان هو منافاته قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع والضرر موقوف على اجازة الولي لا يرى الى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازة الا اذا أراد بقبوله والصبي من لا يعقل أصلاً وقوله والمجنون الذي لا يقبض أصلاً فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه (أقول) لا مسامح لذلك الاحتمال لان حل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعده القاعدة فان المعروف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معه وداعياً يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الاصول كما تقرر كله في موضعه فهنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهد بخصوصهما قطعاً لا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على احدي القاعدتين لاحضة مخصوصة منهما كما لوهم ولئن سلم مساعده القاعدة لذلك فلو أراد بهما ههنا ذلك القسم العيين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام اقرارهما وطلاقهما واعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر أصلاً إذ موضع ذلك تلك الاحكام هنا ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون متركة سدى ولا يتحقق فساده ولا يتخلج في وهما أن اتفقهم بما ذكره لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيرهما فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب

(قوله باعتبار موافقة

(٤٠ - تكمله سابع)

التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المصالح التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان تلقاشاً شيئاً بيان لتفريع الاعمال على الاصل المذكور) أقول فيه بحث

باب الجبر للفساد

آخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجبر على الحر البالغ العاقل السفه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد ورجعهما الله وهو قول الشافعي فيه ولا مصلحة) كالاتفاق في البحر والاجر اراق بالنار (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله لا يجبر على السفه ويمنع عن التصرف في ماله) غير أن الجبر عليه عندهما يؤثر في حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكره كالبيع والاجارة والاقرار بالمال وما لا يتصل بماله كالإقرار بالحدود والفصاص أو يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعناق فالجبر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الجبر على ما سيجيء

باب الجبر للفساد

باب الجبر للفساد

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجبر على الحر البالغ العاقل السفه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد ورجعهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله لا يجبر على السفه ويمنع عن التصرف في ماله)

النهاية في شرح هذا المقام والاعتناق يتمحض مضره لا محالة والطلاق وان أمكن ان يسترد دين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتناظر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان جبره على الطلاق مما يتردد بين النفع والضرر بخلاف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من أنه مما يتعمحض ضررا اللهم الا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانيا فلان ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذلك كرها لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

باب الجبر للفساد

آخر هذا الباب لان أسباب الجبر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الجبر ههنا مكتسب والسماء في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الجبر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أخرى بالتقديم قال في العنايه والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعترى الانسان فتحملة على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معني السفه على الوجه المذكور رثي أما في الاول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذا الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجة وأما في الثاني فهو أنه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الجبر على السفه اذا لم يمسح لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لا يمكن العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه متركبه بالإنسان على الاتفاق ومنه عمل السفه بالسفه وأما الجبر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكسبة وان كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمرا آخر واما ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف ومحمد ورجعهما الله لا على قول

لانه مبذرماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لان
الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة وللهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر
لانه يتلف بلسانه ما يمنع من يده

أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه أصلا انتهى (أقول) ليس هذا الكلام بسديد
فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبو حنيفة وصاحبا كقوله وإن أعنت عبدان فذعتقه
وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جارية بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم
ولده وقوله وإن تزوج امرأة جاز نكاحها وإن سمي إلهامها جاز منه مقدره مكرها مثلها وقوله ولو
طلقها قبل الدخول وجب إلهامها النصف وقوله وتخرج الزكاة من مال السفه وينفق على أولاده
وزوجته ومن يجب نفقته من ذوى أرحامه وقوله فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها ولو أراد عرة
واحدة لم يمنع منها وقوله فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله
ولا يحجر الفاسق عندنا إذا كان مصلحا للماله وإنما المسائل الخلافية بين أبي حنيفة وصاحبيه من
مسائل هذا الباب ثلاث ثنتان منها مذكورتان في أول الباب في الهداية والبداية أحدهما مسألة
أنه لا يحجر السفه فيه عند أبي حنيفة ويحجر عندهما وأخرهما مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد
إذا بلغ خسا وعشر بن سنة يسلم إليه ماله عند أبي حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشد وعندهما لا يدفع
إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه رشده وواحدة منهما مذكورة في آخر الباب في الهداية وحدها
وهي مسألة أن يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبي حنيفة في المسئلتين
الأوليتين أصلا في الذكر وقولهما تابعه فليبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لاعلى
قوله إلا المسئلة الأخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها
مبنية على قول أبي يوسف ومحمد لاعلى قول أبي حنيفة * ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم أعلم
أن تلقيب هذا الباب باب الحجر للفساد مبني على قول أبي يوسف ومحمد لاعلى قول أبي حنيفة فانه لا يرى
الحجر للفساد والسفه أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لانه مبذرماله بصرفه لاعلى الوجه الذى
يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي) قال صاحب العناية واستدل المصنف بقوله لانه
مبذرماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا
يحجر عليه اه (أقول) تقريره غير مطابق للشروح إذ لا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفه
على الصبي قياسا تقريرا في وجوب الحجر و يرشد إليه قطعاً قوله فيما سياتى من قبل أبي حنيفة ولا يصح
القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى
الكبيرة وجعل قوله فيحجر عليه نتيجة القياس كاترى ثم ان صاحبه النهاية والعناية فالأدلة الداميل
الذى ذكره المصنف إنما يصح على قول أبي يوسف ومحمد لاعلى قول الشافعي لأن حجر السفه عنده بطريق
الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظره وقالوا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفه
مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاقد فعند الشافعي يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه
اه (أقول) فيه نظر لان من كان مصلحا في ماله لا يسمى سفها في عرف الفقهاء كما أنصح عنه صاحب
العناية فيما مر حيث قال وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى
العقل والشرع وأما كون المصلح في ماله إذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفه على معناه الاصلى فلا
يجدى نفعها هنا لأن نحن بصدد بيان حكم السفه في عرف الفقهاء بأنه لا يحجر عليه عند أبي حنيفة
ويحجر عليه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي ولو كان الفاسق داخل في السفه في عرفهم لما
صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند أحد من أئمتنا كما سياتى في الكتاب

واستدل المصنف رحمه الله
بقوله (لانه مبذرماله بصرفه
لاعلى الوجه الذى يقتضيه
العقل) كل من هو كذلك
(يحجر عليه نظرا له كالصبي)
فهذا يحجر عليه (بل أولى
لان الثابت في حق الصبي
احتمال التبذير وفي حقه
حقيقته والدليل على صحة
هذا منع المال منه والمنع
لا يفيد بدون الحجر لانه
يتلف بلسانه ما يمنع من يده)
وهذا الذى ذكره من الدليل
انما يصح على قولهما فأما
على قول الشافعي رحمه الله
فلا يصح لان حجر السفه
عنده بطريق الزجر
والعقوبة عليه لا بطريق
النظره والفائدة تظهر فيما
إذا كان السفه مفسدا في
دينه مصلحا في ماله كالفاقد
فعنده يحجر عليه زجرا
وعقوبة ولا يحجر عليه
عندهما

(ولاي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل) كل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشيد) وثوق بالعبء فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب بانه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطباً بسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كالخج والجمعة والعبد والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضمم الى ذلك حرسقط الاعتراض (وهذا) أي عدم الحجر (لان) في الحجر سلب ولايته (وفي سلب ولايته اهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قوله ما اهدا هذا منع عنه المال وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة عليه زجره على التبذير والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقاس عليه وقوله (ولا على الصبي) جواب عن قوله ما اعتبار بالصبي أي لا يقاس السفه على الصبي (لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر (٣١٦) عليه نظره الشارع مرة باعطاء آله القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجري على خلافه

ولاي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحقه بالبهائم وهو أشد ضرراً من التبذير فلا يتحمل إلا على لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالخج على المتطب الجاهل والمقتى الماحن والمكاري المفا من جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرراً لا على الأدنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظره الشارع مرة باعطاء آله القدرة والجري على خلافه لسوء اختباره ومنع المال مقيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد (واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز) لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الأري أنه لم يوجد المقضي وهو المقضي عليه ولو كان قضاء فتفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الجائر أو الى غيره فقضي بطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لان اتصال الامضاء به فلا يقبل النقص بعد ذلك (ثم عند أبي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشيد وقال لا يدفع اليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده

لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله (ومنع المال مقيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعني أن منع المال بدون الحجر مقيد (لان غالب السفه) انما يكون (في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أي لا يملك الا بالقبض فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وان فعل لم يفد (قوله وانما الحجر الخ) تفريع على مسألة الحجر ومعناه أن القاضي ان حجر على السفه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه وكان الواجب أن لا يجوز لان قضاءه لاقى مجتهداً فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضي فتوى لا قضاء لان الفضله يقتضي المقضي له والمقضي عليه ولا مقضي له ههنا سلماً بوجود المقضي له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقضياً له من

(قوله ولاي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد) قيل يشكّل هذا بالعبء فانه مخاطب عاقل أيضاً ومع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر الخطاب مطلقاً والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل اسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالخج وصلاة الجمعة والعبد والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثاني أن المراد بالخطاب في قوله انه مخاطب هو الخطاب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله انه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه هذا زبد ما في النهاية وغيرها (أقول) بقي في كلام المصنف شيء وهو أن قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان الخطاب لا يكون الا عاقلاً فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة (قوله وقال لا يدفع اليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى

ظاهر
حيث ان الحجر نظره لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان أباح حنيفة رضي الله عنه لم يقل به فصار محلاً للقضاء يحتاج الى امضاء فلورفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الجائر أو الى غيره فقضي بطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لان اتصال الامضاء به فلا يقبل النقص بعد ذلك ثم ان عند أبي حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام سفيهاً منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عليه عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشده منه وقال لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده

(قوله وأجيب بانه قال مخاطب الخ) أقول ولعل الأولى أن يقال المراد بمخاطب في حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج العبد اذا لماله ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضي ان حجر على السفه على رأيه) أقول الضمير في رأيه راجع الى القاضي (قوله نصار محلاً) أقول يعني فصار نفس القضاء محلاً

وتساع عبارته في الجمع بين الابدوحي ظاهر (ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفة فيبقى ببقائه كالصبا ولا يخيغه رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن ان يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفة لكن المعاول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهر او غالبا لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذ لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه (٣١٧) بطريق التأديب الخ (قوله ولان المنع دليل

ولا يجوز تصرفه فيه) لان علة المنع السفة فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولا يخيغه رحمه الله ان المنع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا ظاهر او غالبا ألا يرى أنه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع وله هذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأق التفرع على قوله

ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بأن يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما جعل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يمتلئ مؤمنا متعمد اجزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فحينئذ لا تدفع بين الابدوحي كالا يخفى (قوله ولا يخيغه رحمه الله ان منع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا ظاهر او غالبا ألا يرى أنه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع) قال صاحب النهاية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفة لكن المعاول هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهر او غالبا لان في هذه المدة يصير جدا باعتبار أقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنتا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر واذ لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه وقد انتفى أثره الشارح العيني (أقول) في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفة وادعاء المعاول هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعاول عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتأديب مع تحقق السفة بعدها أيضا ولا شك أن يتخلف المعاول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي العلة فاعترض التأديب مع المنع في جانب المعاول باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندى في تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفة وحده بل هو مع قصد التأديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانفتحت العلة بانتفاء أحد جزأيها وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعاول الذي هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولان المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بآيناس الرشد فمال يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا في الاصلة (أقول) الظاهر أن كونه متناهيا في الاصلة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في الجنون أيضا مع عدم تصور الرشد فيه سلمناه لكنه لا يتأق التفرع على قوله) أراد أن التفرع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأق على قول أبي حنيفة رضي الله عنه

آخر وتقر بره أن المنع بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجدانه في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقد رد ذلك بخمس وعشرين سنة ولان مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقد رد ذلك بجمع سنين اعتبر اربعة التميز في الابتداء على ما أشار اليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا (ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا) فان قيل الدفع معلق بآيناس الرشد فمال يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا في الاصلة قال (ثم

(قوله وتساع عبارته في الجمع بين الابدوحي ظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقربة قوله حتى (قوله سلمناه لكنه منكر براديه أدنى ما ينطلق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كما سلف من الشارح في أواخر الصحيفة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سند المنع هنا وبكفي الاحتمال فيه

(وانما التفرع على قول من يرى الجبر فعنده الماصح الجبر لا ينفذ بيعه اذا باع انما يظهر فائدة الجبر عليه) فيكون موقوفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بان كان يعمل القيمة أو كان البيع راجحا وكان الثمن باقيا في يده (أجازه) وان كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجز له ان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا ينفقه كما تقدم فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (للتظن له فان الحماكم نصب ناظره فيتحري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل جبر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لا بد من جبر القاضي عنده لان الجردا تربين الضرر) وهو (٣١٨) اهدار آدميته (والنظر) له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجع وهو القضاء

وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا) عليه (عنده اذا العلة عنده هي السفيه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها) عند أبي يوسف يصير محجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفيه (وان أعنى عبدا) يعني بعد الجبر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذكرا احتراز عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الجبر وبعد سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفيه لانه لا تأثير للجبر عنده بل احتراز عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الجبر كالبيع والشراء والافرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (وذكر أن الاصل عندهما أن

وانما التفرع على قول من يرى الجبر فعنده الماصح الجبر لا ينفذ بيعه اذا باع بوقيرا لفائدة الجبر عليه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحماكم ناظره فيتحري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل جبر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لا بد من جبر القاضي عنده لان الجردا تربين الضرر والنظر والجبر للنظر فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عند العلة هي السفيه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها (وان أعنى عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ الاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الخ وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لا للنقصان في عقله فكذلك السفيه والعقبي مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه

لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا أن يراد بالرشدهناك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ وبأباه دليله تأمل نقف (قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحماكم ناظره فيتحري المصلحة فيه) قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك يوجب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله يوجب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا ينفقه فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (للتظن له فان الحماكم نصب ناظره فيتحري المصلحة فيه كافي الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط اه (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدل على الجواز بقوله لان وكن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما توجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح لذكره مع جوابه فوق الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الجبر وما لا فلا الى قوله والعقبي مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه الاول ان السفيه لو حنت في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدى أو غيره

كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الجبر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل (بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لا للنقصان في عقله فكذلك السفيه والعقبي مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) وفيه بحث من أوجه الاول أن السفيه لو حنت في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدى أو غيره

(قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد (قوله بل احتراز عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحتراز عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احتراز عن قول الشافعي ليس الا كما يدل عليه تصريحه بخلاف الشافعي (قوله وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة يمينه لانه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ ويجب عليه السعاية وعلى السفيه الحائث الصوم كالعسر اذا حنت في يمينه أو ظاهر عن امرأته

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جذهن جدوهر لهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعيه والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعي فالهزل لم يؤثر في وجوب السعي والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانقصان في العقل والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الاتفاق يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحلف والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة (٣١٩) العقل واتباع الهوى فلا فرق

بينهما (والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فإنه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً للزمام العقوبة باللسان باكتساب سعيها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعبده شيء من تصرفاته الا لطلاق كالرق في الاعتراف لا يصح من الرقيق فكذا من السفه) قلنا ليس السفه كالرق لان حجر الرق لحق الغير في الحل الذي يلاقيه تصرفه حتى ان تصرفه فيما لاحق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص وههنا لاحق لاحد في الحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذاً (فاذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض) لاجل النظر

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعبده شيء من تصرفاته الا لطلاق كالرق في الاعتراف لا يصح من الرقيق فكذا من السفه (و) إذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعي لانها لو جبت إنما تجب حقاً لاعتقه والسعي ما عهد وجوبه في الشرع الا لحق غير العتق (ولو دبر عبده جاز) لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا أنه لا تجب السعي مادام المولى حياً لانه باق على ملكه

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جذهن جدوهر لهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعيه والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعي فالهزل لم يؤثر في وجوب السعي والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لانقصان في العقل والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الاتفاق يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لان في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحلف والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اه (أقول) في الجواب عن الأول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضاً أما في الجواب عن الأول فلا ن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفه وهذا لا يحدث شيئاً في دفع البحث الأول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعد من تنفيذ القاضي تصرف السفه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهم ما قلنا في الجواب بقوى البحث فضلاً عن أن يدفعه وأما في الجواب عن الثاني فلا ن ما سيجي في الكتاب هو قول المصنف لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا أنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليه أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المتبصرة في أصلها كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً بل يقويه كما عرفت آنفاً ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذهنا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك اه (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المحرور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل فاعتراض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من

لغير مائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبد أو جب عليه السعي لغرمائه في جميع قيمته أو لو ورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سوا لمعنى النظر إلى آخر النكتة (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعي لانها لو جبت لو جبت حقاً لاعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجب لغير العتق) كما في اعتناق أحد الشرى يكن فانه يسعى للساكت (ولو دبر عبده جاز لان التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لانه لما ملك انشاء حقيقة العتق فلا ن ذلك انشاء حقه كان أولى (الا أنه لا تجب السعي في حياة المولى لانه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

(قوله والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذهنا المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينفق بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيلاً

(فان مات ولم يؤنس منه رشديسعى في قيمته مدبرا لانه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا يرى ان مصلحا
لودبر عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا لغرمائه قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قتلا ان
العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنا كالأعتقه وأجيب بأن الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب
قبله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا تظهر سببته في ايجاب السعاية عليه قنا وانما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق
بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد
كذلك وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو ولدت جاريته فادعاه
ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده لا احتياجه الى ذلك لبقاء نسله) وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد
بعدموته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاء فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لاسبيل عليها الا حد وان مات مديونا (وان لم
يكن معها ولد) أي ان لم يعلم لها اولد منه (وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد) لان الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان
مات سعت في جميع قيمتها لانه لا قرار بالحريه ان ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد مموتها
(بمخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها) (٣٣٠) في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الخرج عن تصرفه (وتظيره المريض اذا ادعى ولد

جاريته على هذا التفصيل) واذا مات ولم يؤنس منه الرشديسعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير
(ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم ولده) لانه محتاج الى ذلك لبقاء
نسله فالحق بالمصلح في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر
على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لانه لا قرار بالحريه ان ليس لها شهادة الولد بمخلاف الفصل
الاول لان الولد شاهد لها وتظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج
امرأة جازنة كاحها) لانه لا يؤثر فيه الهزل ولان من حوائجها الاصلية (وان سمى لها مهر اجازته
مقدار مهر مثلها) لانه من ضرورات النكاح (وبطل الفضل) لانه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية
ولا تطلعه فيه فلم تصح الزيادة وصار كالرخص مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها
النصف في ماله) لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم
واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكاة من مال السفينة) لانها واجبة عليه (وينفق على اولاده وزوجته
ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه) لان احياء ولده وزوجته من حوائجها والاتفاق على ذى الرحم
واجب عليه لقريته

الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفينة كما أن المعنى
المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن أن الضمير
المزبور راجع الى حق الهزل في قوله لا في حق الهازل فالله في حق الهازل ان يقال لقصد

يعني أن يكون معها ولد أو لم يكن الخ قال (وان تزوج امرأة جازنة كاحها) كلامه واضح وقوله (وصار كالرخص مرض الموت) يعني في لزوم كل واحد من مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة الا أن الزيادة في المرض تعتبر من الثلث وههنا غير معتبرة أصلا وقوله (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة) يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة سواء تزوج بمهر في عقد واحد أو في كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك حرا فانها يصح تسميته في مقدار مهر المثل وبطل الزيادة

اللاعب

(لما بينا) يعني قوله لانه من ضرورات النكاح وهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه

الله على أنه لا فائدة في الخرج عليه لانه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضربه من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة في البر والاحسان والمذمة في التزوج والطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلق قال (وتخرج الزكاة من مال السفينة) والاصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أو وجهه الله تعالى كزكاة ووجه الاسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة من تجب نفقته عليه فهذا المصلح فيه سواء لانه مخاطب بالسفينة لا يستحق التطير في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه

(قوله الا أنه جعل ههنا سببا قبله ضرورة) أقول أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الاهلية فانها انزل بالموت (قوله لانه من ضرورات النكاح) أقول والظاهر أنه يشير به الى الدلائل السابقة لجواز النكاح وصحة تسميته بمقدار مهر المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال الاتقاني لكنهما يقولان السفينة ليس بمقتضى هذا الطريق لان السفينة المعتاد ما يحصل له نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس في الطلاق قبل الدخول على وجهه لا يصل اليه لانه أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور فيه المجاوزة حده والسفينة مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفينة لان طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والجاذ في هذا سواء انتهى وفيه تأمل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلق) أقول لعبيلة النساء

ولا يبطل شيئاً من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقسم البيئة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئاً الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على التسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفلة لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجها لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أي ما ذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعني ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر بعينه وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالاً لمالك المال حال التكفير (لأنه) أي كل واحد (مما يجب بفعله) اذا سبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير يفتح هذا الباب وتضييع فائدة الحجر فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القدرة عليها أجيب بأن الاستطاعة متفهمة لان دلائل الحجر توجب السعاية على من يعتقه السفينة كما تقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وان أراد حجة الاسلام) واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً) لذلك والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عندنا تطوع كالو اراد الخروج الحج تطوعاً فان جنى جناية (٣٢١) فان كانت مما يجزئ فيه

والسفة لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن بيعت أميناً معه كي لا يصرفه في غيره وفي النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر بعينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحناها هذا الباب يذروا أموالهم في الطريق ولا كذلك مما يجب ابتداءً برفعها قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صغره (ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج بنفقها عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحساناً لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القرآن) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهم ما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تجوز عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئ غيرها وهي جزر أو بقرة قال (فان مرض أو وصي بوصا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف أثناء أو ثواباً وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يجزئ على الفاسق اذا كان مصلاً له عندنا والفاسق الاصل والطارئ سواء) وقال الشافعي يجزئ عليه زجره وعقوبة عليه كافي السفينة ولهذا لم يجعل أهل اللولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنتم منهم رشدافدفعوا اليهم أموالهم الآية

العبء به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفينة فقط فعينه لا يكون لبحث ذلك القائل وجهه كما لا يخفى (قوله ولنا قوله تعالى فان آنتم منهم رشدافدفعوا اليهم أموالهم الآية)

(٤١ - تكملة سابع) (وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفينة والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنع عندنا سواء الا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للاب ولو وصى الاب أن يتصرف على الصغير يشترى له ما لا يبيع ولا يجوز تصرف الاب ولو وصى الاب على البالغ السفينة بالامر الحكم والثاني أنه يجوز تكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه (والرابع أن الذي لم يبلغ اذا بر عبده لا يصح تبديره وهذا السفينة اذا بر عبده صح تبديره) قوله ولا يجزئ على الفاسق اذا كان مصلاً له عندنا والفاسق الاصل والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يجزئ عليه (ومبنى هذا الاختلاف على أن الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيجوز عليه وان كان مصلاً له وعندنا لا ننظر له في ماله فاذا أصح ماله لم يبق عليه حجر) وذلك لان الله تعالى قال فان آنتم منهم رشدافدفعوا اليهم أموالهم الآية

(قوله فلا يلزم اقراره شيئاً الا في الولد الخ) أقول في غاية البيان ثم لا يصدق السفينة في اقراره بالنسب اذا كان رجلاً الا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة وان كانت المفسدة امرأَةً فقام تصديق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوجة ومولى العتاقة انتهى فتبين لما بينهم من المخالفة (قوله الا في أربعة مواضع) أقول يعني سوى الوصية حيث علم حالها

عندنا لا سلامه فيكون وليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم وبحجج القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي على من ليس بسفيه ولكنه متغفل) يعني في التجارات (ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فإنه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال صلى الله عليه وسلم قل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وإنما النزاع في الحجر والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله نكر الرشد وهو باطلاقة يتناول القليل منه والكثير) أقول وللخصم أن يمنع مستندا أنصرف المطلق إلى الكامل (قوله ومن أصح في ماله الخ) أقول وكذا من أصح دينه دون ماله كالمغفل فإما ذكراه ينتقض به فتأمل (قوله ورد بأن ذلك لمنع المال) أقول ويجوز أن

وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لا سلامه فيكون والباللتصرف وقد قررناه فيما تقدم وبحجج القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

وقد أونس منه نوع رشد فتناوله النكرة المطلقة (قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى رشدنا منكر في موضع الإثبات والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تتم فإذا أوجد رشدنا فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه انتهى (أقول) تقرير دليل أئمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفيه المصلح في دينه دون ماله فإنه يحجر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع رشد وهو الرشد في دينه فتناوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع إليه أيضا ماله والاطهر في تقرير استدلال اعتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذلك كما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولأن الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مراداً كي لا تهم النكرة المطلقة أولان الدفع معلق بآئناس رشد واحد لانه نكرة في موضع الإثبات فلا يكون الرشد في الدين مراداً لانه حينئذ يكون مع لقا برشد من انتهى فتدبر (قوله ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لا سلامه فيكون والباللتصرف) أقول يرد الانتقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله ما لا محالة لأن الإسلام فيه أيضاً متحقق بل فيه أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون والباللتصرف أيضاً غير محجور عليه كإذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فإنه ما حجر على حبان بن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال صلى الله عليه وسلم قل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم لما أنه يتلف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد ورد بأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه وإنما النزاع في الحجر والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله نكر الرشد وهو باطلاقة يتناول القليل منه والكثير) أقول وللخصم أن يمنع مستندا أنصرف المطلق إلى الكامل (قوله ومن أصح في ماله الخ) أقول وكذا من أصح دينه دون ماله كالمغفل فإما ذكراه ينتقض به فتأمل (قوله ورد بأن ذلك لمنع المال) أقول ويجوز أن

يقال بفهم منه الحجر أيضاً بطريق الدلالة والالم يقد المنع

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انشاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الجرح وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قال (بلوغ الغلام بالاحتلام الخ) الحليم بالضمة (٣٣٣) ما يراه النائم يقال حلم واحتلم بلوغ

الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ والاصل هو الانزال قال الله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فإني رجعت اليهم من ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعى وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين وأما السن فلمهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيه ماعن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتيبي وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به غير أن الاناث نشوهن وادراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المراجع للاحالة قال (واذا رآه في الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لأنه معنى لا يعرف الا من جهتهم ما ظاهرا فاذا أخبر به ولم يكن بهما الظاهر قبل قوله ما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

فصل في حد البلوغ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انشاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الجرح لم يكن بدين بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول بردي على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي رشد وانما هو أكثر ما قيل في أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها لأنه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل في أشده بل اريب ثم انى لم أر أحدا من الشراح حاش حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب السكفاية فانهما قالوا فان قيل ينبى أن يقال بالاكثر لأنه المتيقن اذا لا بدنى يكون في الاكثر دون العكس فلنا قول الآية ولا تقر بوامال التيقن الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مدد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل في تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى أقصاه لا بد أن يعد الى ثمانى عشرة ولو مد اليها لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فينبى الحكم عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعاً قوله تعالى حتى يبلغ أشده فجاء دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة في مده الى أقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في أصل التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولأنه متيقن به وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاصول

ظاهرا لا يحتاج الى شرح وانما قال وهذا أقل ما قيل فيه لان بعضهم قال اثنتان وعشرون سنة وبعضهم خمس وعشرون سنة وهو قول عمر رضي الله عنه (قوله واذا رآه في الغلام أو الجارية) يقال رآه أى دنى منه وصبي مرأى أى دان للحلم (وأشكل أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك الا منه فقال قد بلغت فالقول قولهما) ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ انتهى عشرة سنة أو أكثر ولا يقبل فيما دون ذلك لان الظاهر يكذب وقد أشار الى ذلك بقوله (وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين) والله أعلم

فصل في حد البلوغ قال (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة) وهذا أقل ما قيل فيه فينبى الحكم عليه للتيقن به غير أن الاناث نشوهن وادراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتغالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المراجع للاحالة قال (واذا رآه في الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لأنه معنى لا يعرف الا من جهتهم ما ظاهرا فاذا أخبر به ولم يكن بهما الظاهر قبل قوله ما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

فصل في حد البلوغ قال المصنف (فينبى الحكم عليه للتيقن به) أقول فيه بحث

باب الحجر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم أثر تأخيرهم وينبغي للقاضي أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطا لتفي (٣٢٤) التجاحدان وقع وان يبين أن الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال

باب الحجر بسبب الدين

(قال أبو حنيفة لا حجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه) لان في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

باب الحجر بسبب الدين

تلقب هذا الباب بالحجر بسبب الدين ومأمله بالحجر للفساد ما على قوله ما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الجذم من علم الفرائض لان أبا حنيفة لا يرى شيئا منها وأما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتا منهم ونفيًا عنه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر الى مأمله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم أثر تأخير عنه (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا حجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لان في الحجر عليه اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوز له لان فيه اهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للدنى انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى للدنى لا يناسب ما قبله من المتقدمين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد وأشار إليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى * ثم أقول يمكن توجيه ما عليه النسخ إلا أن بوجوه الاول أن يحتمل المراد بالأعلى في قوله فلا يترك الأعلى للدنى على أهلية المدين لا على اهدار أهليته وبالأدنى على المال نفسه لا على ضرره برشد إليه أنه قال لا دنى ولم يقل لدفع الأدنى كما قاله المصنف ولا شك أن كون اهدار أهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أي أشرف وكون المال أدنى أي أخس فان ضرر رفوت الأشرف فوق ضرر رفوت الأخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الآتي وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى اهدار الاهلية وبالأدنى ضرا رايه قباله قلت تطابق ما في الموضوعين في حيز المراد غير لازم فان علو نفس الاهلية شرفا وعلو اهدارها ضررا متلازمان وكذا ذناه نفس المال ودناه ضرره فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى في موضع نفس الاهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررها ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضوعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني أن يحتمل الترك المنفي في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلى للدنى فلا يبق الضرر الأعلى لاجل الضرر الأدنى أي لاجل دفعه ومحبي الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جعل اسمه وتركنا عليه في الآخرين أي أبقينا نص عليه في القاموس وشأنه في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف أيضا في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من

الموجوده في الحال دون ما يحسد له بالكسب أو غير محتى يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ وأن يبين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع ببراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته (وأبو حنيفة رحمه الله لا يجوز له لان فيه اهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للدنى فان قيل اهدار الأهلية ضرر يلحق المدين وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن ينسدفع بالحس لا محالة والحس ضرر يلحق المدين مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى ما تدفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن واذا كان كذلك (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

باب الحجر بسبب الدين

(قوله فلا يترك الأعلى للدنى) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك (قوله وانما يكون الاول أعلى إلى الخ) أقول في الحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله) واهدار الاهلية أعلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولانه تجارة لا عن تراض الخ) أقول قال الله تعالى ولانا كل أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض

ثياب بدنه وبيع الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المثل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار
 الاهلية تحقيق اهدارها أولا اذ البقاء فرع التحقيق ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز اهدار أهلية الانسان
 رأسا لأن فيه الحاقه بالهائم قلت لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقيق انما هو في
 الثبوت ولئن سلم ذلك فممكن أن يلتزم المثل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقصرينة المقام
 والسالت أن نحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى للثلاثة علم أهل الكتاب وفي قوله
 تعالى لا أقسم بهذا البلد وغيرهما من الأمثلة فان قلت قد عرفت مواقع زيادة لا في أكثر كتب
 النحو أحدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع
 المضاف على السند وذو وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت ذكر ابن هشام في معنى اليب وقوع
 لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح
 الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لازائدة واللسان عند الكفار وعد منها أيضا قوله
 تعالى وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون وقال فقبل لازائدة والمعنى تمتنع على أهل قرية قدرنا
 اهلا كهم لكفرهم أنهم لم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا
 من المواقع الاربعه المعينة وموافق لما نحن فيه فكفي بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه فان قلت
 لا ينظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله لا لا في الاذلا معنى لأن يقال يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى فان
 ترك الضرر الأعلى على ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله لا لا في
 لدفع الأدنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى ان ذلك فيترك الضرر
 الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يتحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعاً قلت يمكن نظم
 ذلك بأن يحتمل اللام في قوله لا لا في معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تبسر
 الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ويجوز اللام بمعنى عند قد
 ذكره ابن هشام في معنى اليب ومثله بقوله لم يكتبه نكس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة
 قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه
 أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ
 من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب
 العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المدين وترك الجور ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول
 أعلى لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا بحالة والحبس ضرر يلحق
 المدينون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى ما اندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى
 من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار أهلية المدينون أعلى ضررا من
 ضرر الدائن مستندا بكونهم مافي شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة
 بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا تقرر به أن اهدار الاهلية أعلى ضررا من
 الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بلا حجة
 مقدمة مقررة وهي أن الأعلى من الشيء أعلى من ذلك الشيء ولا شأن ان هذا القياس يقتضي
 كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فقط والمنع وبطل السند ولكن
 لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن نوع
 خفاء بينها الشارح المذكور ولا بما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا
 من ضرر الدائن لما اندفع هذا بذلك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان * ثم أقول
 في الجواب بحث أما أولا فلا ن قول ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا بحالة في حيز المنع لجواز أن يختار

المدينون الحبس أبدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن وأما ثانيا فلا أن الحبس لو كان
أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر
الآخر لدفع الضرر الأول دني كما هو الأساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع أن الحبس جائز بالاجتماع
ومتعين عند أبي حنيفة ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المدينون الحبس الأبدى مع قدرته على
أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة إلا بغاية الندرة ومعنى الأحكام الشرعية عمة على الغالب إلا كثر
وعن الثاني بأن الحبس ليس مجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء ظلم المدينون الدائن
بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المماطلة حيث
قال وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غيره لم يعمل بحبسه وأمره بدفع ما عليه
لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وأشار إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله
والحبس ضرر يلحق المدينون مجازاة شرعا ولعل قصده الإشارة إليه كان باعنا على ذكره هذه المقدمة أثناء
الجواب والأفلا مدخل له أصلا في اثبات المقدمة المنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فإذا
كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا مجرد دفع هذا
الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الآخر لدفع الأدنى فإن
قلت هب أن الحبس ليس مجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له وجزاء ظلم المماطلة معال لكن يندفع به ظلم
المماطلة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن بحسبه أبدأ حتى يبيعه في دينه أبقاه لحق الغرماء
ودفع الظلم اه فقياس المقدمة المذكورة في الجواب القائل ولو لم يكن أعلى ما ندفع به ضرر الدائن يقال
ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المماطلة
أيضا فيعود انتفاض قوله لا يتحمل الآخر لدفع الأدنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظلمه الآخر وهو
المراد بقول المصنف فيما بعد دفعنا لظلمه لا ظلمه الماضي إذا لم يجد لدفع ما نتحقق فيما مضى من المماطلة
لأنه عرض لا يبتى والذي جعل الحبس جزاءه انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي
مع دفع ظلمه الآخر ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يمتشى النقض بالنظر إلى مجازاة ظلمه الماضي
كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا من ضرر الدائن فنقول ان قوله لا يتحمل الآخر
لدفع الأدنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في
فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الجبر بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجوز فيه القياس وبسقط
النقض بالحبس قطعا لا يقال الجبر بسبب الدين أيضا ثبت بالنص وهو ما روى ان معاذار كنهه ديون
فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسمه بين غرمائه بالخصص كما ذكر في البدائع والتبيين
وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الامام في هذه المسئلة لا نناقول أجابوا عنه في تلك
الكتب أيضا عن قبل أبي حنيفة بأن يبيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باقنه استعان بالنبي
عليه الصلاة والسلام وقالوا والدليل عليه أن يبيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ رضي الله
عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روى أنه طلب من رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا بركته اه فظهر أنه لا نص يدل على
جواز الجبر بسبب الدين فتعين أن المدا فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من
الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا أني قد ابتليت في زمان من الزمان
بأن أمتحن مع بعض من عدى الأهالي والاعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة
الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب
فكان استخراج بعض من أعجاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لوفى قول صاحب العناية

(ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه في دينه) اي فالحق الغرماء ودفع الظلمه (وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه

في الجواب ولولم يكن أعلى ما تدفع به ضرر الدائن وصليته فجعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما موصولة قسبي على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين الذين كانوا حكمين في ذلك الامتحان بينا بطلانه وشنعاء عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر حتى كاد تنقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن يحبس أبدأ حتى يبيعه في دينه) أقول يرد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورده صاحب العناية على نظيرها في أوائل باب الحجر للفاسد بأن قال تسامح عبارة في الجمع بين الابد وحق ظاهر ويمكن توجيه عبارته ههنا أيضا بما وجهناه عبارته ههنا من جعل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كى دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبس أبدأ ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة في الجمع أصلا إذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابد وحق بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراه المسامحة في الجمع تأمل تقف (قوله) وقالوا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه) أقول لقائل أن يقول لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر على الغنى أيضا عندهما نظر الغرماء بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدته في حق الغنى دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في وضع المسئلة ليحل بحق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو حجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه بالافلاس لا يصح حجره بالاخلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس والحجر بناء عليه وعند أبي حنيفة رجه الله الافلاس في حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه القضاء بالافلاس أولا وبالآخر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول المانع من الحجر عند أبي حنيفة كون الحجر متضمنا لحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس اه فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لاننا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة وتقرير دلائلهم كما قوله في مذهب أبي حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهب مالائه عساه يلجئ ماله في فوت حقهم وقوله فيه أيضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالخصص بدل قطع على أن ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذا القضاء بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به ما من يدعى الافلاس فيتناول الغنى أيضا اذا الظاهر أن المدينون الذي لا يؤدى دينه يدعى الافلاس وان كان غنيا في نفسه واما من حاله حال المفلس ولا شك أن الغنى الذي لا يؤدى دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بماله ومفلس حقيقة

ولكن يحبس حتى يبيعه
في دينه اي فالحق الغرماء
ودفعنا لظلمه وقالوا اذا
طلب غرماء المفلس الحجر
عليه حجر القاضي عليه

قال المصنف (ولكن
يحبس أبدأ حتى يبيعه)
أقول فان قيل الحبس أيضا
بعدم الرضا كما سبق في
الاكراه فلا يصح البيع
قلنا الحبس لقضاء الدين بما
يختاره من الطريق فلا
يكون اكراهه على البيع
فليتأمل قال المصنف
(ودفعنا لظلمه) أقول فان
قضاء الدين واجب عليه
والماطلة ظلم

ومنع التصرفات) وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التجئة موهومة) لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بلا تراض وقوله (والبسيع ليس بطريق متعين لذلك) لانه يمكنه الايفاء بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحب والعنة) فان التفريق هنا متعين لانه لما يمكنه الامساك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (٣٢٨) (قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قوله ما حتى يحبس برفع السنين لاجله

أى لاجل البيع وتقريره سلمنا زوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذى ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أى كيف صح البيع (ولوصح البيع كان الحبس ظمنا لانه اضراجهما بتأخير حق الدائن وتهديب المدينون فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قيل انما لم يعكس حيث لم يجزى للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك أحد الشبهين لان ولاية

ومنع من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرما (لان الحجر على السفه انما يجوز انظراله وفي هذا الحجر نظر للغرما لانه عساه يلجئ ماله فيقوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بمن المثل لا يبطل حق الغرما والممنوع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفسد من بيعه وقسمه بين غرمائه بالمخصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لانه دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كافي الحب والعنة قلنا التجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضراجا مابتأخير حق الدائن وتهديب المدينون فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره) وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه للقاضي أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كافي العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبر اوجه الاستحسان أنهم ما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يساب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فاقترقا (وباع في الدين النقود ثم العسروض ثم العقارب سدا باليسر فاليسر) لما فيه من المسارعة وقيل دستان وهو اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينون (ويترك عليه دست من ثياب بدنه وبيع الباقي) لانه كفاية شمس الاثمة الحلواني لانه اذا غل ثيابه لا بد له من ملابس قال (فان أقر في حال الحجر باقراره ذلك بعد قضاء الديون) لانه تعلق بهذا المال حق الاوabin فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار اغيهم

(قوله ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرما) أقول وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهم ما من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهد في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلها بتصرف لكان أصح كما لا يخفى (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص بأب حنيفة بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المدينون في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في التقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف اه (أقول) ما ذكره وانما يتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع التقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو وقول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع التقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار بتدبير

القاضي أهم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته وقوله (وباع في الدين النقود) (قوله) حاصله أن القاضي نصب ناظر افينبغي أن ينظر للمدين كما ينظر للغرما فيبيع ما كان أنظره

قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول لكنه مخالف لما سبق أنقاه من قوله ولكن يحبس حتى يبيعه في دينه والامر هين قال المصنف (فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالاجماع فلا يصح البيع (قوله لان الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث

وقوله (بمخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لم يملك بعد قضاء الديون يعني إذا استهلك (٣٢٩) مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل

قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لساير الغرماء (لأنه مشاهد لامرته) بمخلاف الإقرار فان سببه محتمل وقوله (وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه) لأنه لا يجوز اهلاكه لمكان الدين ألا يرى أنه لو توجه الهلاك اليه بالخمسة لمكانه أن يدفعه بماله الغير فكيف يجوز اهلاكه لأجل مال الغير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضا لأن الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وأنه في الحبس وغيره سواء وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لأن فيه ظرأ العائنين لحائب المديون لأنه ينفي على نفسه وعياله ولرب الدين لانه إذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (بلازمونه ولا يمنعون من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يدولسان أراد بالبد الملازمة وباللسان التقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله

بمخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لامرته (ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى أرحامه بمن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطئه الحجر ولهذا الزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماء مؤه حبيسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيد ما ذكرنا في كتابه وقال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظر إلى الميسرة ولو مرض في الحبس بقي فيه إن كان له خادم يقوم بعاملته وإن لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاستعمال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بمخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بلازمونه ولا يمنعون من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يدولسان أراد بالبد الملازمة وباللسان التقاضي

(قوله بمخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بمخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لم يملك بعد قضاء الديون يعني أنه إذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لساير الغرماء اه كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل أدنى صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذه بضمانه مقدمة على قضاء الديون كما هو قولهم يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذه بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان التلف عليه أسوة لساير الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلافه فالأظهر الأصح ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بمخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بالاختلاف اه أو ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لساير الغرماء اه (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما هو نظيره بل عدم إرادة الحقيقة ههنا أظهر لأن قوله من ماله بأبي أرادتهما قطعاً وعن ههنا وقوع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على أحد التوجهين بين الذين ذكروهم ما فهم من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماء مؤه حبيسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القدرى والبداية ههنا كذلك وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماء مؤه حبيسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اه وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من الين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على التسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لا مري يعتري الإنسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له) قوله إلى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القدرى في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القدرى بقوله وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظر إلى الميسرة لتعليل

وقوله (يقسم بينهم بالخصص) أى يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذ القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون فى حال محنته لو أترأ أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك فى فتاوى النسفى فقال رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لو أخذ منهم خمسمائة ولا خرم منهم ثلثمائة ولا خرم منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحسوه بديونهم فى مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال إذا كان المديون حاضرا فله أن يقضى ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض فى القضاء ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف فى خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيه صرف فيه على حسب مشيئته وإن كان المديون غائبا والديون ثابتة عند القاضى فالقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالخصص اذ ليس للقاضى ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله (بينة اليسار ترجح) اليسار اسم لليسار من أى سر أى استغنى والاعسار مصدر أعسر أى افتقر وفى بعض النسخ على بينة العسار بمعنى

تؤكده ما دل عليه غيره
إذا الأصل هو العسرة نصار
كينة ذى اليد فى مقابلة
بينة الخارج وقوله فى
الملازمة (لا يمنعونه الخ)
تفسير للملازمة (ولا يجلسه
فى موضع لأنه جالس) وليس
يستحق عليه وعن محمد
رحمه الله أنه قال للمدعى
أن يجلسه فى مسجد حبه
أو فى بيته لأنه ربما يطوف
فى الأسواق والسكك لغير
حاجة فيتضرر المدعى
(ولو دخل داره لحاجته)
كغداء أو غائط (لا يتبعه بل
يجلس على باب داره إلى أن
يخرج لأن الإنسان لا بد
له من موضع خاوة) وعن
هذا قيل إذا أعطاه
الغداء أو أعد له موضعا
لاجل الغائط له أن يمنعه
عن ذلك حتى لا يهرب (ولو

قال (و يأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص) لاستواء حقوقهم فى القوة (وقال إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الآن يقيموا البينة أن له مالا) لأن القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة وعند أى خيفة رجحه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لأن مال الله تعالى غادر وأمره ولا نوقف الشهود على عدم المال لا يتحقق الاطهار فيصلح لدفعه لا لابطال حق الملازمة وقوله الآن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار ترجح على بينة الاعسار لأنها أكثر أثباتا إذا الأصل هو العسرة وقوله فى الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يبدو ومعه أينما دار ولا يجلسه فى موضع لأنه جالس (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج) لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خاوة ولو اختار المطالب الجلس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه الا إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فيئخذ بحجسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها) لما فهم من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأته أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعى رحمه الله يحجر القاضى على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ

لذلك وأقول كان الأولى والأظهر أن يقدم المصنف قوله إلى أن قال على قوله وقد ذكرناه هذا الفصل بوجوهه فى كتاب أدب القاضى لثلاثة تعرض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدورى فيورث التشويش للناظر فى تعلق قوله إلى أن قال بقوله قال فان لم يعرف لأفلس مال أو أن يترك قوله إلى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته فى سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كظايره ولا يكون قلعا كما ذكره تبصرتهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالخصص لاستواء حقوقهم فى القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن إفادة تمام المدعى لأن استواء حقوقهم فى القوة انما يشهد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الآخر فيستدعى وجوب القسمة بينهم ولا يفيد أن تكون القسمة بينهم بالخصص أى بقدر حصته كل واحد منهم من الدين بل يؤهم لزوم

اختيار المطالب الجلس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ فى حصول المقصود لاختياره الأضيق الاستواء والأشد (عليه الا إذا علم القاضى أن يدخل عليه بالملازمة ضررين بأن لا يمكنه من دخوله داره فيئخذ بحجسه دفعا للضرر عنه) وفى معناه منعه عن الاكساب بقدر قوت يومه ولعياله (والدائن الرجل لا يلزم المديونة لاستلزامها بالاجنبية لكن يبعث امرأته أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) إذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باقى بيده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعى رحمه الله يحجر القاضى بطلب البائع على المشتري) حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره (ثم للبائع خيار الفسخ

(قوله قال فى المغرب وهو خطأ) أقول ويوجهه هنا بأنه على سبيل الازدواج كفى قوله عليه الصلاة والسلام ارجعن ما جورأت غير ما زورات (قوله لاستلزامها بالاجنبية الخ) أقول يعنى لاستلزام الملازمة الخلوة الخ والضمير فى تلازمها راجع إلى المديونة

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فإن قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فإنه عين يرد عليها الفسخ أجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ فإن المسلم فيه دين لا محالة وإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لأنه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس مستحق بالعقد وإنما المستحق به وصف في الذمة أعنى الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ إذا لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كالموكل كان المشتري ملماً وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو ملك به ديناً في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الإفلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين الإفلاس والموت فإن قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيعار رجل أفلس فأدرك رجل وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب (٣٣١) أنه معارض بما روى الخصاف

لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة أعنى الدين وبقبض العين تحقق بينهما ما يبطل هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممنوع فأعطى العين حكم الدين والله أعلم

الاستواء فيما أخذوه وعلم المدعي ههنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا بمجرد وجوب القسمة بينهم فلي تأمل (قوله) لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقريره هذا المحل لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن والعجز عن إيفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياساً على العجز عن إيفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اهـ ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فلي تأمل اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لأن مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والالزام أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضاً ولم يقل به أحد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المنصف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما انفرد به صاحب العناية بل أطبق على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزينبي وغيرهم والله أعلم

عن أداء البذل فإن موجب العقد لم يتغير ولم يول أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البذل بالقبض لأنه ليس بدين حقيقة كما تقدم فإذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما قال لنا كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المدين بدفع المنقودة وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فإذا قبض العين بدلا عنه (تحقق بينهما ما يبطل) من حيث أنه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتحقان قصاصاً (هذا هو الحقيقة) أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين (فيجب اعتبارها ما لم يتعذر) وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ (بخلاف السلم) فإنه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا السلوك أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزاً عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب

(قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لأنه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فلي تأمل (قوله وهو ملك به) أقول الضمير في قوله به يرجع إلى العقد

بأسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيعار رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فإن قيل ما ذكركم من الدليل أن صح بجميع مقدماته لزم أن لا يفسخ العقد إذا كسدت الفلوس لأن موجب العقد لم يتغير لأن الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد أجيب بأن لا نسلم عدم التغير لأن موجب العقد ملك فلوس هي نعم ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا بشكل بما إذا عجز المكاتب

﴿ كتاب المأذون ﴾

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجز واسقاط الحق عندنا

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الحجز ظاهر المناسبة اذا اذن يقتضى سبق الحجز فلما ترتب وجودا وترتبا
أيضا ذكرار وما للتناسب (قوله الاذن الاعلام لغة) أقول لم أرقط في كتب اللغة المتداولة بين
الثقات مجيى الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذن بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام
لغة محمل نظري يظهر ذلك لمن راجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه
تفسير بمعنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الاذن
من أذنه في الشيء اذنا أى اباحه كما صرح به في القاموس بما يلزمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع
الايلاء اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال أما اللغة
فالاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقة فيما حجز عنه من أذنه في الشيء اذنا
اه ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام
ومنه الاذن وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل
شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى
اعلام اه فان مدار ما ذكره اتحاد الاذن والاذان حيث استشهدا بمعنى أحدهما على معنى الآخر
وليس كذلك قطعنا ولا يظهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجز وهو المنع فكان اطلاقا عن شيء أى شيء كان اه
(قوله وفي الشرع فك الحجز واسقاط الحق عندنا) قال في غاية البيان يعنى أن العبد كان محجورا عن
التصرف لحق المولى فاذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال في النهاية أى اذن المولى لعبده
في التجارة اسقاط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه
وبالاذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال في العناية فان المولى اذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق
نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة
لانه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لا تتعلق الديون برقبته ولا يكسبه وبعد الاذن يسقط
هذا الحق وتعلق الديون بها اه وقال في الكفاية وفي الشرع فك الحجز واسقاط الحق وهو حق
المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بها اصولا لحق المولى وانه بالاذن أسقط حقه
اه فتلخص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال
واستحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الامور مما يتعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال
المولى فلا بد من اذنه كي لا يطل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق
ههنا حق المنع لاحق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن
ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على ما سبأني والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والمولى ان كان
صيبا اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه
حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لاحق غيره فان معنى حق المنع حق
هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة يانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون
الاضافة بمعنى الام ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان
حقه قطعاً وأما ثانياً فلا أنه ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلا فممنوع

﴿ كتاب المأذون ﴾

ايراد كتاب المأذون بعد
كتاب الحجز ظاهر المناسبة
اذا اذن يقتضى سبق الحجز
(وهو في اللغة عبارة عن
الاعلام وفي الشرع فك
الحجز واسقاط الحق عندنا)
فان المولى اذا أذن لعبده
في التجارة أسقط حق
نفسه الذى كان العبد
لاجله محجورا عن التصرف
في مال المولى قبل اذنه

﴿ كتاب المأذون ﴾

(قوله وفي الشرع فك الحجز
واسقاط الحق عندنا)
أقول لا يخفى عليك أن
اذن الصبي والعته ليس
فيه اسقاط الحق وسيجيى
تفصيله ثم اعلم أن قوله
واسقاط الحق عندنا
كالتفسير لقوله فك الحجز

(والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه)

(٣٣٣)

الناطق وعقله المميز) لكن

لما كان تصرفه واجب
تعلق الدين برقبته أو
كسبه وذلك حق المولى
المجبر عنه (فلا بد من اذنه
كي لا يبطل حقه من غير
رضاه) فقوله واسقاط الحق
الخ كالتفسير لقوله
فك الحجر وقوله عندنا
اشارة الى خلاف الشافعي
رحمه الله فان الاذن عنده
توكيل وانابة وصحح
المصنف رحمه الله كونه
اسقاطا عندنا بقوله
ولهذا لا يقبل التأنيث
فانه لما كان تصرفه
يحكم ماله كيته الاصلية
وانها عامة لا تختص
بنوع ومكان ووقت دل
على أنه اسقاط لحق
المولى لا غير اذا اسقاطات
لا تنوقت كالطلاق
والعتاق فان قبيل قوله
فك الحجر جواب واسقاط
الحق مذ كور في حين
التعريف فكيف جاز
الاستدلال عليه
فالجواب من وجهين
أحدهما أنه ليس باستدلال
وانما هو تصحيح النقل
بما يدل على أنه عندنا
معترف بذلك كما أشرنا
اليه والثاني أن حكمه
الشرعي هو تعريضه
فكان الاستدلال عليه من
حيث كونه حكما لا من حيث
كونه تعريفا وصحح المصنف
كونه يتصرف بأهليته نفسه

والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز
واستجازه عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الامو جبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال
المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

كيف وسبب أي أنه اذا الزمته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك
لغيره ما فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما
اذا لم تحيط به مادون فسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه
بالكلمة الستة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته
أيضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا
يضر اذا المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل
التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب
المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فانه تفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عما
يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة
وقال هذا ما ذكره في المبسوط والابيضاح والنخبة والمغني وغيرها اهـ وقد اذقني أثر الامام الزيلعي
حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر اهـ (أقول) كون حكم الاذن
ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقرر عندهم انما هو أثره الثابت به المترتب
عليه وقد أشار اليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة
أن ما يثبت بالشيء ويصير أثر امتزاج عليه لا يصلح أن يكون تفسيره لذلك الشيء محمولا عليه بالمواطاة
* ثم أقول ليس المذ كور في النخبة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذ كور فيها هكذا وأما
بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عايتناوله الاذن لا الانابة ولا التوكيل
لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة اهـ فيجوز أن يكون المراد
بفك الحجر المذ كور فيه ما هو مصدر من المبني للفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر ويصير صفة للحجر
ولا شك أن المراد بفك الحجر المذ كور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن
فيصح أن يكون المذ كور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفكاك أثر ثابت بالذات
كالانكسار مع الكسر ثم ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة
حيث قال وأما حكمه فذلك المأذون ما كان من قبيل التجارة وبنوعها ووضروا ثم اوعدهم ملكه ما لم يكن
كذلك الى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكمه
الى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف بنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه
الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا
لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسيبه
أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرق في أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت للمكانب مع
قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضاءها وأدنى طريق قضائها ملك اليد فهو
الحكم الاصل للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فانه هو الحكم الاصل يثبت للعبد وما وراء ذلك
يخلفه المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات ففي اختيار البائع البيع يثبت ملك
العين للوارث على سبيل الخلاف عن المورث يتصرف بأثره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا

(قوله كما أشرنا اليه) أقول يعني بقوله وصحح المصنف الخ

بقوله (ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا لحالة ولهذا لو أقر على نفسه (٣٣٤) بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته

ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبد يوم أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لأن الاسقاطات لا تنوقت ثم لا يثبت بالصرح بيبث بالدلالة الكتاب وفي عامة كتب الأصول (أقول) فيه بحث لأنهم إن أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم بشكل ما تقرر عندهم من أن المكاتب مملوك للمولاه رقة لا يدا والمدير مملوك له يدا الرقة والقن مملوك له يدا ورقة فان الرقيق إذا كان مالا كالعبد فكيف يكون مملوكا كالمولاه يدا في صورة أن كان قننا أو مدبرا وإن أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه بالأذن أو الكتابة فلا يتم التقريب إذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليتأمل في التوجيه (قوله) ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى (قال في العناية وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله) ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة على المولى وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا لحالة ولهذا لو أقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الأذن أيضا لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه اه وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناظرا عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضى شيء منهما أن يكون له مال كاللا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بینه قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنهما هما الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء إذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه تعيين له الشراء ثم وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء اه (أقول) في كل من أراد وجوبه سقامة أمافي الأول فلا لأنه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر وأمافي الثاني فلا نا بصددا ثبات ما قلنا أن العبد المأذون له يتصرف بعد الأذن لنفسه بأهليته لا بصدور الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلا فكيف يصح أن تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوليه دون مذهبنا على أنها لو حلت على مذهب الخصم لم تسم لم أيضا لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يفد الحال على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله) ولهذا لا يقبل التأقيت

قبل الأذن أيضا لكن شرطنا إذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع ونوع فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فان قيل العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا لنفس التصرف لأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك أوجب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الأذن فكذا إيجار والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية إيجار بعده لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود أوجب بأن الرق لما كان باقيا كان إيجار بعده امتناعا بحق الاسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود (ثم إن الأذن كما يثبت صريحا بيبث بالدلالة

(قوله) ولهذا لا يرجع بحال حقه من العهدة الخ (أقول) قال صاحب الهداية في أول الوكالة أن وكل صبيبا محجورا عليه يعقل البيع

والشراء وعبد محجور عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما (قوله) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء (أقول) بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فإن مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوليه على ما سيجيء ثم اعلم أن قوله وهذا الإشارة إلى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله) والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ (أقول) فيه بحث

كما إذا رأى عبده يبيع (و يشتري فسكت بصير ما ذونا عندنا خلا فالزفر والشافعي رحمه الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول قالوا السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات إلى تصرفه لعله يكونه محجورا والمحمول لا يكون حجة وقتنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان إذا الناس بعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تنفص إلى حقوق الدين عليه. وإذا لم يكن ما ذونا تأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد لا يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك إضرار بالمسلمين بأنواع حقهم ولا إضرار في الإسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أو لا والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان فان قيل عين ذلك التصرف الذي رأى من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا أنا رأى أجنبي يبيع من ماله وسكت لم يكن إذا والمرتهن إذا رأى الرهن يبيع الرهن وسكت لم يكن إذا وإذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لا يكون إذا فافرق أحجب بأن الضرر في التصرف الذي رأى متحقق بأزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الأذن في غيره ذلك لما قلنا أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت إذا بالنظر إلى ضرر رمتوهم كونه إذا بالنظر إلى متحقق (٣٣٥) وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله

وفي الرهن لم يصير سكوته إذا لأن جعله إذا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الرهن أيضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكما لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف لأن يبيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة إذا زوج نفسه فاعلم بصير السكوت فيه إذا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله لأن السكوت انما يصير إذا

كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت بصير ما ذونا عندنا خلا فالزفر والشافعي رحمه الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لأجنبي بأذنه أو بغيره ببيع صحيح أو فاسدا

قال صاحب العناية وصحح المصنف كونه اسمة اطاعنا ببقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال فان قيل قوله فلان الجرح واسقاط الحق مدكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل عما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أشرنا إليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الأول فلان تصحيح النقل عما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فسامعني قوله انه ليس باستدلال وأما في الثاني فلان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لأن حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له وان كان أثر امر تباعليه وتعرف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحدي في الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب أن يقال ليس الاستدلال المسد كور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عاينه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لأصواتنا أو فنحو ذلك ولا يخفى أن تلك الأحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً ونظير هذا ما حققنا في فقه من أن المنع والنقض والمعارضة في التعريفات انما تتوجه إلى الأحكام الضمنية لا إلى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لأجنبي بأذنه أو بغيره ببيع صحيح أو فاسدا) قال الامام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا كذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيان في فتاواه إذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن إذا وكذا المرتهن إذا رأى الرهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول)

وأجاز دفع الضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لأن النكاح يكون موقوفاً لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع المملوك كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخته فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته وانما هو في أن سكوته إجازة أو لا ولعل الصواب أن يقال ان في ذلك ضرر واقعاً للمولى فلا يكون السكوت إذا (ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لأجنبي بأذنه أو بغيره ببيع صحيح أو فاسدا

(قوله إذا الناس بعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول لهما أن يقول ذلك لحاجة المعامل حيث اغتر بعمره السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر (قوله وليس للمولى فيه ضرر متحقق لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول إذا كان حقوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضاً متوهم فكيف يسهط به الحق الثابت للمولى على العبد لا بد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندى أن النظر غير وارد لان كون السكوت إذا كان لأجل دفع الضرر فثبت لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل إذا

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فباعه فبعضه ربه لولم يكن مأذونا له ولولم يكن المولى راضيا به لمعه دفعه للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شئ وشئ من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عبدا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشئ كان اذا عاماما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشتري ما به الله من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلي باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الاعيان لانه أي بيع الاعيان أصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغبن يسير جاز) بالاتفاق (لتعذرا الاحتراز عنه وكذا باع الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالوا البيوع بالغبن الفاحش خلاف (٣٣٦) المقصود اذا المقصود بالبيع الاسترباح دون الاتفاق فكان بمنزلة التبرع ولهذا

اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولا في حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر فملكه العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحري يتصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المسريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض يعتبر من الثلث فأبو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشراء في الغبن الفاحش وفرق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الأمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متمما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الأمر وهذا لا يجوز في تصرف

لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فباعه فبعضه ربه لولم يكن مأذونا له ولولم يكن المولى راضيا به لمعه دفعه للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة اذا عاماما جاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد به ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما به الله من أنواع الاعيان لانه أصل التجارة (ولو باع أو اشتري بالغبن اليسير فهو جاز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالأهلية وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحري وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو جاز في مرض موته يعتبر من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فجميع ما بقى) لان الاقتصاري في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للشئ أدب جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر كأنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيان في فتاواه وليس الأمر كما فهمه اذا الظاهر أن مراد الامام قاضيان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله لا يصير اذا في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لافي حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتبة اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بل ريب ولا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذا في حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عبدا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافا لمصرح به في أكثر الشروح وعامة المعنيات قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فهو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه فيصير مأذونا في التجارة عندنا لافي البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصير مأذونا اه وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الأصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشترى ولم يمه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا اه فكيف يجوز حمل كلام قاضيان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الأصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة فالوجه أن يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فباعه فبعضه ربه لولم يكن مأذونا له ولولم يكن المولى راضيا به لمعه دفعه للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا

المأذون لما امر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء (وعلى هذا الخلاف التعليل الصبي) اذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشتري بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند أبي حنيفة (ولو جازي العبد المأذون في مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فن جميع ما بقى) يعني يؤدي دينه أولا فالباقى بعد قضاء الدين يكون كالمحابة (لان الاقتصاري في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضى بالاذن بسقوط حقه ولهذا الواسط الوارث حقه في الثلثين لئلا يتصرف المريض في الكل (وان كان الدين محيطا بما له) تبطل المحاباة (يقال للشئ أدب جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر)

يعني اذا جازى في مرض موته (ولما اذن ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له ان يرهن ويرهن لانهما ايقاف واستيفاء وهما من توابع التجارة وعلك ان يتقبل الارض) أي يستأجرها (ويستأجر الأجر والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للارض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار (٣٣٧) بالدرهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه

شيء بخلاف الاستئجار بالدرهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو أجرة نفسه من رب الارض لعمل الزراعة ببعض الخارج ولو أجرة نفسه بالدرهم جاز كما ينبغي فكذا هذا (وله ان يشتري طعاما فيزرعه في أرضه لانه يقصد به الربح قال صلى الله عليه وسلم الزارع يتأجر به (وله ان يشارك شركة عنان) وليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها تنعقد على الوكالة والكفالة ولا تدخل تحت الاذن فلو فعل ذلك كانت عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكيل (ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار (وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للساقى رحمه الله) في أحد قوله (لانه لا يملك العقد على نفسه) لكونه نائباً عن مولاه في التصرف في كسبه ألا ترى أنه لا يملك بيع نفسه ولا رهنه بالدين عليه (فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه

(وله ان يسلم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله ان يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرهن) لانهم من توابع التجارة فانه ايقاف واستيفاء (وعلك ان يتقبل الارض ويستأجر الأجر والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الارض مزارعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشترى طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتأجر به (وله ان يشارك شركة عنان) ويدفع المال مضاربة ويأخذها (لانه من عادة التجار) (وله ان يؤاجر نفسه عندنا) خلافا للساقى وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحصر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا ينحصر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه

التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تنفض الى حقوق ديون عليه واذا لم يكن مأذونا تأنر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بانواع حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان اه واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال له ما ان يقول ذلك لحاجة العامل حيث اغتر بجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه (أقول) ليس هذا بوار لان العامل لا يفتقر بجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى يتصرف عبده بنيهائه عنه ويؤديه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا ان العادة جرت بأن من لا يرضى يتصرف عبده بنيهائه عنه ويؤديه عليه فاذ لم ينه علم أنه راض جعل سكوته اذا دلالة دفع الغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيسابعونه جلالا لعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمره بعبادته عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه فبعد ذلك كيف يحتاج العامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حاجته ولا تكون النظائر لما علمه دون خلافه * ثم أقول ببق شيء في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فالفرق والرجحان لا بد من البيان ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذا والمرهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذا واذا رأى رقيقه تزوج نفسه وسكت لم يكن اذا فما الفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه

(٤٣ - تكمله سابع) رأس ماله لان المولى اذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (وما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب) (علك التصرف فيه) ضرورة والمأذون علك التصرف في نفسه والتصرف فيها ما أن يكون من حيث ذاتها بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها لا جائز أن يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما اذن له الا للربح فلو جازنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح فما فرضناه للربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فتعين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود

قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها) وقال زفر والشافعي لا يكون مأذونا إلا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر لهما أن الأذن توكيل وإناطة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهة وثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك تجره فيخصص بما خصه به كالمضارب ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع

قال (فان أذن له في نوع منها دون غيره) قد تقدم أن الأذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي رجحما لله أنه توكيل وإناطة وعلى ذلك تنبئ هذه المسئلة وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالبر مثلا دون غيره (كان مأذونا له في جميع أنواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له إذا عاها ثم نهاه عن نوع فالأذن توكيل وإناطة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته والمالك وهو الحاكم ثبت له أي للمولى (دون العبد ولهذا يملك تجره فيخصص الأذن بما خصه به كالمضارب) إذا قال له رب المال اعمل مضاربة في البر مثلا (ولنا أن الأذن باسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) في أول كتاب المأذون (وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع) لكون التخصيص

ولا يلزم من كون السكوت أذنا بالنظر إلى ضرر متوهم كونه أذنا بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله وفي الرهن لم يصير سكوتة أذنا لان جعله أذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضا يتضرر ببطء لان ملكه عن الثمن فترجى ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة إذا زوج نفسه فانما لم يصير السكوت فيه أذنا قال بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير أذنا وإجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك للمولى لمسايقه من اصلاح ملكه ومنافع وضع المملوكة كذلك وليس لأحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا أو ممكن فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظرا لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته وانما هو في أن سكوتة إجازة أو لا ولعل الصواب أن يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت أذنا إلى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى ان النظر غير وارد لان كون السكوت أذنا كان لأجل دفع الضرر بحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل أذنا اه (أقول) كأنه لم يفهم مراد من أورد النظر ألا كلام في أن كون السكوت أذنا كان لأجل دفع الضرر وانما هو في أن نكاح الرقيق هل في نفسه ضرر أم لا إذا شك أنه موقوف على إذن المولى فان كان سكوتة أذنا فتحقق الضرر فيه والافلا بحيث احتمل أن يكون سكوتة أذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على إذنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بنى عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوتة فيها أذنا لزم المصادرة اذ هو أول الكلام الذي طواب الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو في أن سكوتة إجازة أو لا تأمل تقف (قوله وعلى هذا الخلاف إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر) يعني إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص ومنها فالخلاف فيه كالخلاف فيما إذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون مأذونا في جميع التجارات خلافا لزفر والشافعي كما ذكر في الايضاح ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان أذن له إذا عاها ثم نهاه عن نوع اه (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح إذا المراد به ما قررناه أن نقايد عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر وبأي ذلك ما قاله صاحب العناية قطعا كيف ومسئلة الأذن العام قد مررت مع متفرعاتها في الحقيقة الأولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الأذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الأذن العام ههنا كما لا يخفى (قوله ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه) وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يخصص بنوع دون نوع (أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه اسقاط الحق بجملة وفك الحجر بذمة فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هيبه واقراضه ونحوه مامن التبرعات وليس كذلك قطعا كما سأل في الكتاب وان أريد أنه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى إذا يلزم منه اسقاطه وفك في جميع

انذاك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز وثوقص بالاذن في النكاح فانه فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد أن يتزوج فلانه ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا للمولى والرق أخرجه العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى وله هذا جاز أن يجيره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر بالحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البزود الخ أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكه فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز أن يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله وينت الحكم للمولى وهو مما عاين بالسند أي لانسلم أن حكم التصرف وهو الملك واقع للمولى بل هو واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والتفقه بغير اذن المولى وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه وموضعه أصول الفقه قال (وان اذن له في شيء بعينه) اذا اذن المولى في شيء بعينه مثل أن يقول (٣٣٩) اشتر هذه الثوب بعينه أو ثوبا بالكسوة

أو طعاما رزقا لاهل لم يكن مأذونا وهذا يفيد أن التخصيص قد يكون مقبدا اذا كان المراده الاستخدام لانه لو جعل ذلك اذنا لاسد باب الاستخدام لافضائه الى أن من أمر عبده بشراء بقل بفلسين كان مأذونا يصح اقراره بدون تستغرق رقبته ويؤاخذ به في الحال فلا يستجري أحد على استخدام عبده فيما اشتدت اليه حاجته لأن غالب استعمال العبد في شراء الاشياء الحقيرة فلا بد من حد فاصل بين الاستخدام والاذن بالتجارة وهو أنه ان اذن يتصرف

بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه الى قضاء الدين والتفقه وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه قال (وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون) لانه استخدام ومعناه أن أمره بشراء ثوب معين بالكسوة أو طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا بنسبده عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اذني الغلة كل شهر كذا أو قال اذني ألفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له اقم صباغا أو قصا لانه اذن بشراء ما لا بد منه وهو نوع فيصير مأذونا في الأنواع

التصرفات حتى يلزم أن يكون مأذونا له في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد أنه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة المدعى كونه مأذونا له في جميع أنواع هذا الجنس لا في جميع أنواع أجناس التصرفات فلا مرد للنقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلنأفل أن يقول أن أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيد بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان أريد بذلك أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيد بذلك فهو ممنوع كيف وهلا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو أن يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على المطلوب فان قلت على صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله ليكون التخصيص اذذاك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطلوب قلت ذلك التعليل ليس بنام اذنا فلنأفل أيضا أن يقول انما يكون التخصيص تصرف في ملك الغير أن لو أطلق الاذن أولا فتحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقاتم خصه بنوع منها ما نحن فيه ليس كذلك

يشكر رصم يحامثل أن يقول اشتر لي ثوبا بواو بع أو قال بع هذا الثوب واشتر بثمانه أو دلالة كما اذا قال اذني الغلة كل شهر أو اذني ألفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالكسب فهو دلالة التكرار أو قال اقم صباغا أو قصا لانه اذن بشراء ما لا بد منه دلالة وهو نوع من الأنواع يشكر يشكر العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن يتصرف بغير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا وثوقص بما اذا غصب العبد متاعا وأمره بمولاه يبيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعقد مكرر والجواب أنه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المعصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صريحاً فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف رحمه الله يشير الى أن الفاصل هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول دون الثاني فتأمل

(قوله اذذاك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغي أن لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف في ملك الغير انما يكون اذا كان للغير ملك وفي الحجر بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله وأجيب بأن الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعني لانسلم أنه فك الحجر واسقاط الاذن بل هو توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فاعلم تظهر قوة هذا الدليل لا يدفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذا لمالكه فيه

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز) اقرار المأذون له بالديون والغصب والودائع جائز (لان الاقرار به من توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر فان البائع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصب فلا ان الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا أن اقرارهم غير صحيح اجتنبوا عن مبياعته ومعاملته (ولا فرق في محضته بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في محضته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر) والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهم ما من المال والكسب (بخلاف الاقرار بما ليس من توابع التجارة) كما لو أقر أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاه فاقضها فإنه لم يصدق فيه (لانه كالحجور في حقه) وكذا لو أقر بجناية على حر أو عبد أو مهر وحب عليه بنكاح صحيح أو فاسد أو شبهة فاقرارها باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فلان الحر انما يظهر في حق التجارة فماليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار المحجور قال (وليس للمأذون أن يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج بمال يملكه) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الاماء لانه تحصيل المال) وهو المقصود بالاذن (فكان كالاجارة وقالوا الاذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامه ليس من ذلك وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والآب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفاق ولا تزويج الامه عندهم اخلافاً لا يبي يوسف رحمه الله قال في النهاية (٣٤٠)

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز وكذا بالودائع) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتناب الناس مبياعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في محضته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لانه كالحجور في حقه قال (وليس له أن يتزوج) لانه ليس بتجارة قال (ولا يزوج بمال يملكه) وقال أبو يوسف يزوج الامه لانه تحصيل المال بمنافعتها شبه اجازتها ولهما أن الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهما هذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والآب والوصي قال (ولا يكتسب) لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (الآن يجيزه المولى ولادين عليه) لان المولى قد يملكه ويصير العبد نائباً عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير

اذا الكلام فيما اذا قيده أو لا فقال اذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولا آخره الذي هو قيد حكم آخر بل للجموع حكم واحد يتم أوله

في هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما يعني الآب والوصي أن يزوج أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الآب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب وللمكاتب أن يزوج أمة لانه ككتاب لاستفادته المهر قال وما ذكره في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات من

رواية المبسوط والتممة ومختصر الكافي وأحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على أن في المسئلة واثنين بآخره قال (ولا يكتسب لانه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكتسب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة (لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل) وان كان مالاً (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة الآن يجيزه المولى ولادين عليه) لان هذا عقده مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ما قاله (لان المولى قد يملكه) لان كسب العبد المأذون خالص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الاجازة (ويصير العبد نائباً عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة بل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطاً فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيراً أو لا اذ اعقد العقد لا يحتاج الى اجازة وهما ليس كذلك ويمكن أن يجاب عنه بانسب الوكيل بطريق الانقلاب وانما قال ولادين عليه لانه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً بطلت كتابته وان اجازة المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسباً للعبد وقيام الدين بجمع المولى من ذلك قل الدين أو أكثر

(قوله لانه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً) أقول قال الامام العلامة الزيلعي وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغفر فارقبته ولم يفي يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تصور هذه المسئلة على قول من بأي هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه (قوله قل الدين أو أكثر) أقول فيه بحث

(ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم (فالاعتاق أولى) وهذا اذا لم يجز المولى فان أجاز لولدين عليه جاز لانه يملك انشاء العتق فملك الأجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عند همالكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو أنشأ العتق جاز ويضمن القيمة فكذا اذا أجاز ولا سبيل للغرماء على العوض (٣٤١) لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي في حال الرق فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء وانتهاء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الأن يمدى اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلا بالقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا إذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فسد بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر بتضرره المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرغيف وتحموه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحيط من الثمن بالعيب مثل ما يحيط التجار) لانه من صنيعهم ورعا يكون الحط أنظره من قبول العيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحابة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (ودونه متعلقة برقبته يباع للغرماء

قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبية (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء وانتهاء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الأن يمدى اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلا بالقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا إذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فسد بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر بتضرره المولى قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشئ اليسير كالرغيف وتحموه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحيط من الثمن بالعيب مثل ما يحيط التجار) لانه من صنيعهم ورعا يكون الحط أنظره من قبول العيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحابة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (ودونه متعلقة برقبته يباع للغرماء

بأنه حر من أين يلزم التصرف في ملك الغير تأمل جدا ثم قال صاحب العناية ونوقض بالاذن في النكاح فانه فك الحرة واسقاط الحق واذا أذن للعبد أن يتزوج فلانه ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف بملوك المولى لانه لا يجوز لأبوي والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البزود والخز أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أي خفية يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال واردا الى هنا كلامه (أقول) ان قوله وبالجملة الخ ليس بشئ أما أولا فلا حاصل السؤال أنه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ولا ينبغي أن ثبوت كون العبد متمصرفا بأهليته ومالكيته لا يدفع وروى ذلك لذا شك أن المتصرف بأهليته ومالكيته لا يملك الاضرار بالغير اذا اضرار في الاسلام وأما ثانيا فلا نه رد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لا محالة والاي لم أن ينسب باب المعارضة بالكيفية لانها اقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه الخصم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله ودونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أي يبيعه القاضى لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي خنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين ويبع القاضى العبد بغير رضا مولاه حجر عليه أجيب بأن ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعها القاضى على الورثة ان

التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فخرف الى المجاهز كذا في المغرب وباقى كلامه ظاهر قال (ودونه متعلقة برقبته) اذا وجب دين على المأذون بالتجارة أو بما هو في معناها فان كان له كسب يبيع دينه بالاجماع وان لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يبيع للغرماء

(قوله بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدي الخ) أقول فيه نوع تأمل فانه اذا كان مديونا لا يجوز الكتابة الا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة وفيه وجه آخر فتدبر

حاصلا لا تنفوت مال حاصل وذلك أى غرض المولى حاصل فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل للمولى وقوله (لا بالرقة) معطوف على قوله بكسبه فان قيل اذا استهلك شئاً تعلق دينه برقبته يباع فيه فهذا كذلك أجاب بقوله (بخلاف دين الاستهلاك) لانه نوع جنائية واستهلاك الرقة بالجنائية لا يتعلق بالاذن) ولهذا لو كان محجوراً عليه بيع بذلك وائس الكلام فى ذلك وانما الكلام فيما يتعلق بالاذن (ولنا أن ذلك دين واجب فى ذمة العبد يظهر وجوبه فى حق المولى) بالاذن وهذا ظاهر (و) كل دين ظهر وجوبه فى حق المولى (تعلق برقة العبد استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس) (قوله وهذا) إشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخله تحت الاذن بلا خلاف فسيها داخل تحته واذا كان داخل تحته كان ملتزماً فلم يمتنع برقبته استيفاء كان اضراً لان الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بياناً لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

الآن بقديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه فى دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تنفوت مال قد كان له وذلك فى تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنائية واستهلاك الرقة بالجنائية لا يتعلق بالاذن ولنا أن الواجب فى ذمة العبد يظهر وجوبه فى حق المولى فيمتنع برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعد حرج الكونه محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل أن يعيد الكلام الى كونه محجوراً عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبيدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسأنى ذلك كله فى الكتاب فسيب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجوراً عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن بقديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن بقديه المولى إشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضراً الان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن بقديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يصور اذا كان المولى حاضراً بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضراً فلا إشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضاً كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثنابى المسئلة المذكورة فلما تصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع فى كل من تينك الصورتين أيضاً فنأين حصلنا الى الإشارة الى انحصار جواز فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضراً كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضراً فأما اذا كان غائباً فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم فى رقة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائباً لان الخصم فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الإشارة اليه فى قول المصنف الآن بقديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا إشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخله تحت الاذن بلا خلاف فسيها داخل تحته واذا كان داخل تحته كان ملتزماً فلم يمتنع برقبته استيفاء كان اضراً لان الكسب قد لا يوجد والعق كذلك فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بياناً لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى اه (أقول) لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن الوجه هو الذى ذكره تأييداً بقوله ويجوز أن يكون بياناً لمخ وان كان أسلوب

وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قوله ما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال له الخ وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرض المولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرض المولى لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله (وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا وكان وليس فيه وفاء بالمبيع في ملكه ودخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لادين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضمانه ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جابر للمافات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبته العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قيل وليس بواضح وذلك لانه لاتنافي بينهما ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل ان يترك الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالدين ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بعد دخول مبيع أو ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما بقوته وهلاكه في ملكه لا يخرج به عن المقابلة والظاهر انه يكون بمقدار ما يؤدى من قيمة العبد لان الشراء بعين نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى (٣٤٣) كانه اشترى الديون التي على العبد

بالعبد ولولم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بعين وهو نادر وتحقيقه أنهم المولى تكن مساوية لا اختار أداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهب ما فان المولى ذلك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجي وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه يصلح غرض المولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لاننا في تعلقه بالرقبة في تعلقه بهم ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايضاً الحق الغرماء وابقا لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستجارة وضمنان الغصب والودائع والأمانات اذا جحدتها وما يجب من المقر بوطء المسترأة بعد الاستحقاق لاستتاده الى الشراء فيلحق به

تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منها في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقههم سواء كان سبب الدين التجارة أو غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن أو تجارة غير داخلة تحتها كما اذا لحق بالعبد المحجورين بسبب التجارة وأما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى لخصوصية كل واحد منهم ما مدخل لا محالة فبالجمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب وأما بالجمل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبته العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعاً فعلق الدين برقبته وعما يقرر المعنى الثاني فيحرر صاحب

يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لاتنافي بينهما ما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانبين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضر الان اختيار العدا من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بحضور نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الجرح على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير أمر مولا جرح عليه أجيب بأن ذلك ليس بجرح عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذا لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء ومحجور غير متصور وهو كاتر كالمستغرق بالدين في جواز ان يبعه القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعتد بكونهم محجورين عن بيعه اقبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدرى ومعناه ظاهر

(قوله قبل وليس بواضح الى قوله لانه لا دليل الخ) أقول وفيه بحث فان ندور الشراء بعين يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) أقول فيه تأمل (قوله والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكر المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهب ما الخ) أقول قوله الاول اراد به ما تقدم تسمية أسطر تخميناً وهو قوله واجيب عنه بأن المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكر المعترض اراد به ما تقدم بسمته أسطر تخميناً وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثاني اراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ

قال (ويقسم غنمه بينهم بالحصص) اذا باع القاضى العبد بقسم غنمه بين الغرماء بالحصص (اتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب (٣٤٤) كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقى عليه شئ

من ديونه) أى ديون العبد (ويقسم غنمه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فان فضل شئ من ديونه طوب به بعد الحرة) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا باع ثانيا) كى لا يمنع البيع أو دفعا للضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزع المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلو له

الكافي دليلنا ههنا حيث قال ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فباعت ربة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية آياه حيث قال ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره في حق المولى فلا نسيب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذ اظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كافي دين الاستهلاك بخلاف ما اذا أقر المحجور حيث ثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه اه كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا ولعل الأولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته اه وكاته أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أى كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهى أى التجارة داخله تحت الاذن اه (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشئ لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذى وقع فيه الخلاف لزعموا الشافعي ولو كنى في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن لكان باقى المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى أن العدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هى قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرغ عليه المصنف آياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم غنمه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شئ من ديونه طوب به بعد الحرة لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضى العبد بقسم غنمه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقى عليه شئ من ديونه أى ديون العبد طوب به بعد الحرة لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اه كلامه (أقول) في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقى عليه شئ من ديونه بطريق الشرطية سيما مع أداة التقرير بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتبين بقاء شئ من ديونه عليه فامعنى الشرطية وكان حق التحرر برأى يقول فباقي عليه شئ من ديونه طوب به بعد الحرة بخلاف قول المصنف فان فضل شئ من ديونه طوب به بعد الحرة فانه في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيم غنمه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وان لا يكون فحسن الشرطية وأداة التقرير كى لا يخفى (قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزع المولى من يده قبل الدين لحصول

من ديونه) أى ديون العبد (طوب به بعد الحرة لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا سبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا باع ثانيا كى لا يمنع البيع) فان المشتري اذا علم أن العبد الذى يشتره يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء (أو دفعا للضرر عن المشتري) لانه لم يأتى له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الا أن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) لبيان الكسب الذى يبدأ به والذى لا يبدأ به فالكسب الذى لم ينزع المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزع المولى من يده قبل الدين لحصول

(أقول)

شرط الخلو له) وهو خلو ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك

(قوله ولا سبيل لهم) أقول بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق نعمته التعلق بكسبه أيضا

(ولولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ريع الأرض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه أنه أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما رزمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذ قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلاً وإن أخذ شيئاً رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه حق الغرماء ولكنه استحسن فقيل للسلامة المقرر قبله للولى لأن في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء بإبقائه على الأذن بسبب ما يصل إليه من الغلة فلا يمكن من ذلك الحجر عليه فلا يحصل المكسب وأما لزومه على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فإن أخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم أذن المولى لعبده ما أن يكون شائعاً ولا فإن كان الأول لم ينحجر بحجره حتى يظهر الحجر ولا كثيراً هل سوقه لا يتضرر الناس بما يرضوا به من تأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لأن العبدان كسب شيئاً أخذه المولى وأن لحقه دين أقام اليقينة أنه كان قد حجر عليه في تأخر حقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاء ذلك أي يتعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على أذنه إلى أن يعلم بالحجر لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من (٣٤٥) خالص ماله بعد العتق ولم يرض

به فكان كالمولى إذا لم يعلم بالعتق ولو حجر في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان فكذلك ومبايعته جائزة وإن بايعه الذي علم بحجره لأن الأذن لا يتجزأ إلا ترى أنه لا يتجزأ ابتداء فكذا بقاء ولو حجر في بيته بمحض من أهل سوقه اشجع لان المعتبر شيوع الحجر واشتهاره في مقام ذلك مقام الظهور وعند الكل دفعا للعرج كافي بتبليغ الرسالة من الرسل عليهم الصلاة والسلام وإن كان الثاني بأن يعلم بالأذن إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لعدم الضرر والاضرار قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف

(وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لأنه لو لم يمكن منه بحجر عليه فلا يحصل المكسب والزيادة على غلة المثل يرد على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لأنه لو اشجع لتضرر الناس به لتأخر حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك وبشرط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جازاً وإن بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحض من أكثر أهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره في مقام ذلك مقام الظهور وعند الكل كافي بتبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ما أذنوا إلى أن يعلم بالحجر كالمولى إذا لم يعلم بالعتق وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الأذن شائعاً أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لأنه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب) قد تقدم أن التصرف بالعتق لا يلزمه حكم الابتداء وهذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الأذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللعوق لأنه موت حكمي حتى يقسم ماله بين ورثته قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي يبي ما أذنوا لأن الأبق لا ينافي ابتداء الأذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الأبق مجرد دلالة لأنه انما يرضى بكونه ما أذنوا على وجه يتمكن من تفضية دينه بكسبه

(أقول) قد أخل بحق المقام بما زاده فإن التشبيه بكسب غير مستزاع بشرط يكون التعليل المذكور في الكتاب مختصاً بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يتم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجرمائه في صورتين معا بلان تفاوت كيف ولو كان محصوا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الأولى وهي تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العدة في المقام ولم يعد مثله من المصنف رحمه الله

(٤٤ - تكمله سابق) إذا لم يكن لازماً كان لدوامه حكم ابتداءه فيحتاج إلى قيام الأهلية حالة البقاء كالاتداء على هذا إذا مات المولى أو جن جنونا مطبقة وقد تقدم في الوكالة تعريفه وألحق بدار الحرب اشجع المأذون لأن انتفاء الأهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكماً لأن إلحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته قال (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه) وقال الشافعي رحمه الله يبي ما أذنوا لأن الأبق لا ينافي ابتداء الأذن) فإن المولى إذا أذن لعبده الأبق في التجارة وعلم به العبد كان ما أذنوا فلا ينافي بقاء أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فإن المولى لو أذن لعبده المصوب الذي يمكن له أن يأخذ ما يكون له بينه أو يكون الغاصب مقراً صم وكونه مغبواً لا ينافي الأذن فكذا كونه آباً (ولنا أن الأبق مجرد دلالة لأنه انما يرضى بكونه ما أذنوا على وجه يتمكن من تفضية دينه بكسبه)

(قوله ومعناه أنه أن يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعد ما رزمته الديون الخ) أقول قوله بعد ناظر إلى قوله أن يأخذ قال المصنف (وإن بايعه الذي علم بحجره) أقول لفظة أن لا وصل (قوله وصار كالغصب) فإن المولى لو أذن لعبده المصوب (أقول الأولى أن يقول لو غصب العبد المأذون يبي الأذن على ما كان إذا خلا في صحة الأذن بعد الأبق حتى يحتاج إلى دليل

ولم يتحقق ذلك من الآتي فلا يكون راضيا به وانما يمكن ما منع في الابتداء لانا نجعله جردا لدلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عادم الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يعود (واستيلاد المأذون لها جبر عليها) اذ لم يصرح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بجبر اعتبارا بالابتداء) فان المولى لو اذن لام ولده حاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رجحهم الله جبرها بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحسن أم ولده ولا يرضى بخروج وجهه واختلاطها بالاناس في المعاملة والتجارة فيكون جردا لدلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمتها ان ركبته اديون لا تلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يتبع البيع وبه يقضى حقهم) قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها) (٣٤٦) معناه ظاهر وانما قيد بتكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون

بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا ولدت المأذون لها من مولاه فان ذلك جبر عليها) خلافا لفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحسنها بعد الولادة فيكون دلالة الجبر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمتها ان ركبته اديون) لا تلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يتبع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فقدرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لانه عدم دلالة الجبر اذا العادة ما جرت بنحو من المدبرة ولا منافاة بين حكمها ايضا والمولى ضامن لقيمتها المأذون له في أم الولد قال (واذا جبر على المأذون له فاقرارها جاز في يده من المال عند أي حنيفة) ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره لهما أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقد زال بالجبر وان كان اليد فالجبر ابطالها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت جبره بالبيع من غيره واهل هذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الجبر وله أن المصحح هو اليد

قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول اذ لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الا بقى محجورا في البقاء أيضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاباق على الجبر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالعلم قطعاً انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لاشبهة فيجوز أن ترجح الدلالة عليها عن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لهما أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقد زال بالجبر وان كان اليد فالجبر ابطالها لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في ودعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا ودعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الدفعة تاجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن اسد المحجور اعتبارا لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون

الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكمها) أي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير ثبت للرب حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فلك الجبر لا يؤثر في الجبر عليه قال (واذا جبر على المأذون له فاقرارها جاز) اذا جبر على العبد المأذون له فأقر بما في يده من المال لغيره ولا فهو جاز عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره) وانما فسر بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصب فبين أن المراد به التهميم وقدم الامانة لذلك فيقضى بما في يده للقرلة (وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لا قراره اما الاذن أو اليد ولا شيء منهما يجوز وجوده بالجبر أما الاذن فلزواله

بالجبر وأما اليد فلأن الجبر ابطالها لان يد المحجور علمه غير معتبرة شرعا وردبنا بالانسان أن يده غير معتبرة فانه لو استودع ودعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها أو المسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الدفعة كسب العبد أما اذا علم ذلك فلمولى أخذها وكذا كان حضور العبد وغيبته سواء وأجيب بأن تأويلها اذ لم يعلم المودع أن الدفعة كسب العبد أما اذا علم ذلك فلمولى أخذها وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لا طائل الجبر يده مسائل متفق عليها فان المولى اذا اتزاع ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الجبر لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الجبر حتى لا يتابع رقبته بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن المصحح لا قراره هو اليد

قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول مخالف لما سبق في المضاربة

ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده (لزوال المصحح) (والبدائية حقيقة) (٣٤٧) وحكما أما حقيقة قطاها لران

الكلام في الاقرار بما في يده وأما حكما بلان شرط بطلانها بالجرح حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققة واقائل أن يقول الاقرار دليل تحققة الحاجة مطلقا وعند صحة والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن صحة هذا الاقرار في حيز النزاع فلا يصح أخذه في الدليل والجواب أن مطلقه دليل تحققة جلال حال المقرر على الصلاح فان قيل لو كان اقراره دليل تحققة الصبح بما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما أما حقيقة فلا أن الكلام فيما انتزعه من يده قبل الاقرار وأما حكما فلا أن النزاع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده باقراره لانه اقرار بما ليس في يده أصلا وهو باطل والمصنف رحمه الله ذكر قوله بخلاف ما اذا انتزعه المولى الخ أجوبة عما استشهدا به من المسائل المتفق عليها وهو ظاهر وقوله (على ما عرف) إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها وقوله (فلا يبق ماثب بحكم الملك) يعني به الاذن لأنه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك

ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده والبدائية حقيقة وشرط بطلانها بالجرح حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققة بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبديل بتبديل الملك على ما عرف فلا يبق ماثب بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع

وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا أن ليد اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاسترغيني في ودعة أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد أدى له يد حكمية فلا يكون مولاه أن يأخذه من المودع مالم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرنا ويلها في الفصل السادس عشر من ودعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الودعة كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فله المولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتنى أثره صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى (أقول) ذلك الجواب لا يسمي ولا يعني من جوع فان تأويل تلك المسئلة بمآذ كرمع كونه مما باه قطعاً ما ذكره الامام الاسترغيني في ودعة أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعا في دفع الاشكال الثاني من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرّر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الودعة التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقّق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية ومالم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامامين في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقوله ما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات مدعاهما هنا لاننا نقول هذا القدر من الكلية أيضا غير متحقّق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الجربان ما في يده أمانة لغیره في هذه الصورة اذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذلك معتبرة على مقتضى ما مر في مسئلة المبسوط وتقرّر بعد تأويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد الجربان ما في يده غصب من غيره في هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين الغصب متغيرا بفعله بأن لم يزل ايم وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك الغصب منه كما سيجي في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد تدبرتهم (قوله فلا يبق ماثب بحكم الملك) قال في العناية يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخرج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال لا يبق للعبد المأذون بعد بيعه ماثب له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فما نحن فيه أيضا وهو ما اذا جرح المولى على المأذون ليدون أن يبعه والمصنف ههنا يصد الفرق من قبل أي حنيقة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبق ماثب بحكم الملك هو الاذن لما كان اذ ذكر هذه المقدمة أعني قوله فلا يبق ماثب بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبديل العبد فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسلم والردي عيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولو لا تبديله لكان خصما له صدور البائنة عنه حقيقة

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) ويعلم منه أنه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس بأجنبي (واذا باع منه بنقصان لم يجز مطلقا) أي سواء كان كثيرا أو قليلا (لانه ممتهم في حق مولاه) بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة أجيب بأنه موهوم حيث انه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما اذا باع المريض) مروى بالواو وبغيره قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق (٣٤٩) بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف

ما اذا باع الاجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تأباه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقرير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه (وان باع بنقصان لم يجز مطلقا) لانه ممتهم في حقه بخلاف ما اذا باع الاجنبي عند أبي حنيفة لانه لا تهمة فيه جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتمدة الا أنه كنفى بذلك قوله بحاله ولم يذ كر ورقبته بناء على ما ذكرناه أنغما من أن تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته واذا لم تحط الديون بحاله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد ذكر الاول وما وقع في عامة الكتب من قبيل التصريح بما علم التزام مجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المعنف ههنا هو حكم القسم الثاني من الاقسام الثلاثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله واذا الزمته ديون تحيط بحاله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبد لم يعتق عند أبي حنيفة وقال لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذ كر في الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذ كر في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن يروع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز اه وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال في يروع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لعبد في التجارة فاشتري عبدا يساوي ألفا وهو يساوي ألفا وعلى الاول ألف درهم دينافا عتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز وان كان الدين أنى درهم مثل قيمته لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز في الوجهين جميعا اه (أقول) في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في يروع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لاثبات مذهبه في القسم الثاني الذي ذكر في الكتاب أولا وفي الجامع الصغير تأنيفا فان حاصل ذلك الدليل أن ملك المولى انما يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلقه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا ينبغي أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز اعتاقه فيه أيضا (قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) أقول في هذا التعليل شيء وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة باتفاق أصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غاية البيان حيث قال اعلم أن العبد المأذون المدين اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا اه وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد اذ قدر في المسئلة الاولى أنها قالوا

(قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلا معطوف عليه

الخ) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي الخ يعني أن مسئلة القدوري ملتبسة بخلاف هذا باعتبار جزئها الثاني وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول ويفهم منه جواز بيعه لالاجنبي بمثل قيمته دلالة كالاجنبي (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يرد بان يقال اذا جاز بيع المأذون من الاجنبي بالمحابة ينبغي أن يجوز بيع المريض من وارثه بما هو بدونها أيضا فاجاب بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف بالمحابة (قوله والظاهر عدم الواو في قوله وفي كلامه تعقيد) أقول فيه بحث

بمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة يتعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لا أحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيعلق بالمالية لا غير فافتراق أى المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكروا قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال الحباية بإيصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصه به ما به ذلك الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه باقية بدون البيع فلا يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمرضى المديون في تصرفه مع الأجنبي (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل إيمان تساوى الحباية (٣٥٠) بالسيرة والكثير فان على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان

وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة يتعلق بعينه حتى كان لا أحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فيعلق بالمالية لا غير فافتراق أى أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال الحباية وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين السيرة من الحباية والقاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وهذا يدفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالحباية السيرة حيث يجوز ولا يؤثر بازالة الحباية والمولى يؤمر به لان البيع بالسيرة منهما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتممة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع من الأجنبي بالكثير من الحباية حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ولا يؤثر بازالة الحباية لان الحباية لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو اذن مباشرة بنفسه غير أن ازالة الحباية لحق الغرماء وهذا الفرقان على أصلهما

المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو أحاطت دينه بماله ورقمته ولهذا الاعتنى من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التاميل المذكور على قولهم جميعا فليتأمل في التوجيه (قوله وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير اوافي قوله وبمخلاف اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلام معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اه (أقول) بل قوله لانه معطوف بلام معطوف عليه ليس بصحيح فانه معطوف حينئذ على قوله وبمخلاف ما اذا باع الأجنبي عنده أى حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعنى قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملائمتان بمخلاف ما اذا باع الأجنبي وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق الف والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملائمة بمخلاف ما اذا باع الأجنبي والمسئلة الاولى ملائمة بمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لأن كلنا المسئلتين ملائمتان بكلتا الخلافين فاذن

يسير أو كثير لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبه ما يجوز ولكن يخير المولى (وجهه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (دفع الضرر عن الغرماء وهذا يدفع الضرر عنهم وهذا) أى الذى ذكرناه من الجواز والتخيير (بمخلاف البيع من الأجنبي بالحباية السيرة حيث يجوز ولا يؤثر بازالة الحباية والمولى يؤمر به لان البيع بالسيرة منهما) أى من المولى والأجنبي متردد بين التبرع والبيع أما التبرع فلما لا البيع عن الثمن في قدر الحباية وأما البيع (لادخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتممة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع

من الأجنبي بالكثير من الحباية حيث لا يجوز عندهما أصلا لان الحباية من العبد المأذون له لا تجوز على أصلهما يتحقق الا باذن المولى ولا إذن منه في البيع مع الأجنبي وهو اذن مباشرة بنفسه غير أن فيه ضرا بالغماء فيزال بازالة الحباية وهذا الفرقان) بلفظ التنبيه وفي بعض النسخ وهذا الفرقان قال في النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مبتدأ في النسخ الصحيحة والمراد بالفرق بين المولى والأجنبي في حق الحباية السيرة حيث يؤمر المولى بازالتها دون الأجنبي والفرق بينهما في الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الأجنبي أصلا ولا تجوز مع المولى ويؤمر بالازالة وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز في البيع مع المولى شيئا من الحباية وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والأجنبي في جواز البيع مع الأجنبي مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه في صدر الكلام

(قوله فافتراق أى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض

قال (وان باعه المولى شيئا) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرر برده لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب حقه على عبده حتى لو أنلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجب حقه وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كالأودع عند عبده شيئا أو غصبه منه (وان أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جازله لانه بائع والبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب ديننا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجب حقه على ما قلتم أنفاً أجاب بقوله (وجاز أن يكون (٣٥١) للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين)

يعنى يجوز أن يستوجب على عبده ديناً اذا كان ذلك الدين متعلقاً بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده مالم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة الحماية ونقض البيع كما بينا في جانب العبد) سواء كانت يسيرة أو كثيرة (لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء) قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المسوط وأما على

قال (وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع) لان المولى أجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد مالم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة (فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن) لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يتيق في الدين ولا يستوجب حقه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين قال (وان أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز) لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين (ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة الحماية أو بنقض البيع) كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء (واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جاز) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمة الغرماء لانه أنلف ما تعلق به حقهم بعباده واستيفاء من غنمه (وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق) لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أنلف ضمناً فبقي الباقي عليه كما كان (فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلم يتضمن شيئا

يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيها آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اهـ والعجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أولاً من التوجيه الوجيه إلا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلام معطوف عليه بدون أن يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه عمل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضاً أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كإسقاطي نقلاً وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه

رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلاً بما ذكر في جانب العبد قال (واذا أعتق المولى) عبده (المأذون) له (وعليه ديون) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو بخود أو بدعيّة أو أنلف المال (فاعتاقه جائز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته) بالغة ما بلغت اذا كان الدين مثلاً أو أكثر منها علم بالدين أول يوم له (لانه أنلف ما تعلق به حقهم بعباده واستيفاء من غنمه) وضمن الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أزيد من مقدار ما أنلفه (فبقي الباقي عليه كما كان) ويطالب به بعد العتق (فان كان الدين أقل من قيمته غنم الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر) على ما ذكره وهو واضح

(قوله وأما على رواية صاحب الكتاب) أقول يعنى القدورى

السابق ويجوز أن يكون بدون الواو فيعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي
 أي أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض
 من وارثه لا يجوز عند أي حنيقة في كل حال من هذه الأحوال وهذا الوجه ولكن النسخة بالواو تأباه
 اه كلامه وزد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضا حيث قال بعد نقله أيضا عنه قلت ذلك الوجه من
 حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي جواز المحاباة معه
 مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة أشكالا عليه حتى يحتاج إلى الجواب اه (أقول) ليس
 هذا أيضا واردا لأنه كما يفهم من قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم
 منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الأول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لأنه إذا جازت المحاباة
 معه فلا نجاز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف
 ما إذا حاي الأجنبي أي أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل
 القيمة فإذا اتجهت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث
 جاز الأول دون الثاني مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله بخلاف
 ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني أنه
 لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه
 منه بالمحابة وقد سلك ههنا أيضا مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل
 قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا ولا أنه أول
 مسئلة موروثة نقض على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين
 ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجوز مع الأجنبي جازوا غما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على
 بيع المريض من الأجنبي بالمحابة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اه (أقول) ليس هذا بسديد أما أولا
 فلا ن قوله لأنه أول مسئلة موروثة نقض على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي لأنه
 لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجوز مع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لأن مسئلة
 الكتاب ههنا اثنتان أولا ما قوله وإذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وأخرا ما قوله وإن باعه
 بنقصان لم يجوز فكما أن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة
 الأولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي لدفع توهم
 انتقاض المسئلة الأخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الأجنبي وكما أن قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي
 لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاة شيئا بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك
 قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من مولاة شيئا
 بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى
 من المسلتين المزبورتين مسئلة الكتاب أي مختصر القدوري دون الأخرى منهما فليس بصحيح إذ كلتا هما
 مسلتان منذ كورتان معا في مختصر القدوري وإن أراد بذلك أنه ما وإن كانتا عامستاني الكتاب إلا
 أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الح لدفع توهم الانتفاض دون قوله بخلاف ما إذا حاي الأجنبي
 فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضا لأن دفع توهم الانتفاض إنما يكون ببيان الفرق فقصد أحدهما
 يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في إثبات المسئلة بلا واو كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت
 مدعاه وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسلتى الكتاب وقوله وبخلاف ما إذا
 حاي الأجنبي متعلق بأخرهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى قلنا قد تقررت في علم الأذ أن الواو
 لمطلق الجمع لا ترتيب فيها قد خولها لا يقتضي التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في إثبات الواو

قال (وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) معناه باعه بئمن لا يني بدونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان) شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم -م أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم) وقد أنلفاه أما البائع فبالبيع والتسليم وأما المشتري فبالقبض والتغيب فيخير الغرماء في التضمن وانما يكف بجرد البيع والشراء لانهما لا يضمنان بجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يقوت بالتسليم والتغيب لا بجرد البيع والشراء (وان شاؤا أجاز والبيع وأخذوا الثمن لان الحق لهم (٣٥٣) فلهم الاجازة لان الاجازة الا حقة

كلاذن السابق ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان فكذا اذا أجازوا وكذا اذا كان الثمن وفي بدونهم ووصل اليهم فليس لهم تضمين البائع على ما سيجيء وكذا اذا كانت الديون على المأذون مؤجلة الى أجل فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فان حل ضمنوه قيمته لانه أنلف عليهم محل حقهم وهو المأذون وهذه فوائد القيود المذكورة وقوله (كافي المهرهون) يعني أن الراهن اذا باع المهرهون بدون اجازة المهرهون ثم أجاز المهرهون جاز البيع لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى الخ) معناه اذا قبله بقضاء لان القاضي اذا رده فقد فسخ العقد بينهم ما فعد الى الحال الأولى وهو ظاهر ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري) لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه الا أن يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب فيخبرون في التضمن (وان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة الا حقة كالاذن السابق كافي المهرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى ببيع للمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن رد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا

ههنا أصلا وأما فانيا فلان قوله وانما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالحاجة فادخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام أيضا لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فمعنى قوله من قبل ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة مودة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا فكيف يصح ادخال واو للعطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء وان لم يكن الواو للعطف فن أين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بحمله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمحل القيمة جاز لانه كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمحل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقبضة الورثة تعلق بعينه أي عين مال الميت حتى كان لا تحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فبأنه يعلق بالمأذون لا غير فافتقر أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمحل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناءه على حل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خلافا آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فافتقر أي المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أي العبد والمريض كما لا يخفى -ني على التأمل والعجب أنه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بمحل القيمة دون الوارث فيقول المعنى على هذا الى أن يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان) شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري) قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب ولم يكف بجرد البيع والشراء لانهم لا يضمنان بجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يقوت بالتسليم والتغيب لا بجرد البيع والشراء اه (أقول) لقائل أن يقول فاذن ينبغي أن يكون الضمان

(٤٥ - تكمله سابق) العبد والمولى قدر رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأوجب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فأت بالبيع وحق الغرماء منحصروا في بيع التركة فافتقر

(قوله لانهم يستسعون الخ) أقول وعلى هذا في التعليل الذي ذكره المصنف قصور (قوله فاذا حل ضمنوه الخ) أقول فيه تأمل (قوله) وأوجب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق في آخر الصحيفة السابقة وتكراره لافادة الفرق مع الوصي

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذي أبيعته مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازماً فلا يلزم الرجوع في حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكالة به محذوفة من المتن (وفي كل منهما فائدة فالأول) يعني الاستسعاء (تام مؤخر والثاني ناقص) أن لم يف بديونهم (مجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلماذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم) (٣٥٤) قيل في عبارة تسامح لأن وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص مجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلماذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم

في هذه المسئلة على المشتري فقط فإن تعيب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولو لا التعيب لا يمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبيعه عنه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيحى في المسئلة الآتية فإن قلت تعيب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الآن في البائع أيضاً سببية له إذ لو لا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الآن سببية ذلك بعينه وقد قرر عندهم ومن اراد أن الحكيمة تصاف الى أقرب الاسباب فتأمل ثم ان صاحب العناية قال ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كلوصي اذا باع التركة بغير إذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فأت بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلاً لأن وضعها فيما اذا كان عن العبد أقل من قيمته وأما اذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساوياً لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلاث المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم اذذاك اجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمن وقد صرح بذلك كثير من النقات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار اذا كان الثمن أقل من القيمة أما اذا كان أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب العناية حيث قال بعد ذلك تمام المسئلة وبيان أنه لفظ محدد في الجامع الصغير هذا اذا باعه بأقل من قيمته فأما اذا باعه ب قيمته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمن ولكن يدفع الثمن اليهم اه فإذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان عن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لان حقهم كان في بيع العبد ب قيمته والمولى قد باعه بأقل مما اقتضى فوجب على الضمان قطعاً * ثم أقول في الجواب المذكور نظراً لان حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء للغرماء ببيع العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط لانهم كان لهم أن يستسعوا العبد في جميع ديونه لهم لافي مقدار قيمته فقط وقد فأت بالبيع والتعيب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع والمشتري جميع ما فواتاه وهو جميع ما يمكن استيفاءه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به أحد وانما الذي قالوا به أن يجب عليهم ما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير قدر (قوله قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم) قال صاحب

نفي الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بنائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص مجمل فانه انما يكون ناقصاً اذا لم يف بالديون فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للفساد فما بال هذا لا يكون مختاراً للقضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طوالبه لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى منزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه

النهاية

المولى كان البيع من المولى

بجحت لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى منزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع الخ) أقول فان قيل كيف يدفع هذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لان الوصول لا يستلزم القبض فانه يكون باحضار الثمن والتخليه بينهم وبينه فلي تأمل (قوله بدليل قوله والثاني الخ) أقول دلالتها لا تخالو عن خفاء

قال (فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة) ومحمد وقال أبو يوسف المشتري خصمهم وبقي لهم بديتهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لا يبي يوسف أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينارعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بمن لا يبي بديتهم كما هو المذكور في باب جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما أدونى الجامع الصغير لقاضيان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يبي بديتهم كان لهم أن يردوا والبيع لقوات حقهم في الاستسعاء فيما بقي من ديونهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يبي الثمن بديتهم وان لم يكن في البيع محاباة فبقي لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الديون اللهم إلا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فيسد حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلى بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتقض ذلك اللفظ حينئذ بياناً لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعقول ما ذكره الامام قاضيان في جامعهم بقوله وتأويله اذا باع بمن لا يبي بديتهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن ينفذوا البيع وان كان في الثمن وفاء بديتهم لم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فتقله بطريق الاجال وأورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يبي الثمن بديتهم فبقي لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا بسقوط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولاً في الجواب المذكور نظراً آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم تعديله بقوله لوصل حقه هم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بديتهم لم يصل اليهم حقهم بالتام ووصول بعض حقهم اليهم لم ينفذ شيئاً في نفي ردهم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعليل حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم * وأقول ثانياً يمكن الجواب عن النظر الذي أورده صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي أن لهم أن يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى به بل نرد البيع فتبيع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فانه لا يتم في فيه ذلك العذر فافتقرا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يبي بديتهم بدليل قوله والثاني ناقص محتمل فانه انما يكون ناقصاً اذا لم يفي بالديون اهـ (أقول) وفيه نظر أما أولاً فلا تلو كان معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يبي بديتهم لم يذهب بفائدة قوله فان وصل في قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتأويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذا لسل أن الثمن اذا كان يبي بديتهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذ لا يبي لهم حينئذ حق الاستسعاء بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا تنصو وفائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة وأما ثانياً فلا تلو معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بديتهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلاً لجواز

(فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) اذا أنكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا أقرب بديتهم وصدقهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف (وقال أبو يوسف رحمه الله المشتري خصمهم وبقي لهم بديتهم) لانه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينارعه فيما يبي يده (ولهما أنه لو جعل خصماً لا دعوى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الاسلام رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل داراً لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهما وهو رواية ابن سماعة مثل قوله في هذه المسئلة

قال (ومن قدم مصرا) رجل قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر أنه مأذون له فأخبره دلائل عليه وان لم يخبر فتصرفه (٣٥٦) دليل على اذنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه

قال (ومن قدم مصرا) وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة) لانه ان أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه اذا الظاهر أن المجبور يجري على موجب جبره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كي لا يضيق الأمر على الناس (الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (فان حضر فقال هو مأذون يبيع في الدين) لانه ظاهر الدين في حق المولى (وان قال هو مجبور فالقول قوله) لانه متمسك بالأصل

أن تنتفي المحاباة في البيع ولا يفي الثمن بديونهم وجواز أن يفي الثمن بديونهم - ولا تنتفي المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يفي بديونهم - لا بحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا بحسب التجوز والكتناية لعدم العلاقة الصحيحة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصرا) قال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان أخبر بالاذن فالأخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال في النهاية أي فتصرفه دليل على أنه مأذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فأن لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أنه مملوك وهذا اقرار على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقرار عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فأن ذكره في الكتاب اه واقتني أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام أن ذلك (أقول) تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يتخلو عن الاختلال فان قوله ما في تقرير وجه القياس والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمم في أحد شي هذه المسئلة وهو ما إذا لم يخبر بالاذن إذا لاخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وأما جعل الاخبار في قوله ما والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة أعم من الاخبار الحقيقية والحكمي وادعاء في ذلك الشئ اخبارا حكيميا عن كونه مأذونا وهو تصرفه تصرف المأذون فتمتعلا جدا كما لا يخفى فالأولى ههنا تحرير صاحب الكفاية فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذكر لكل واحد منهما ما وجه قياس وجهه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لانه مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البيعة على المدعى وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا بذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويتركها القياس والنظر ولأن في ذلك ضرورة وبإولى فان الاذن لابد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والأصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وماعت بليته سقطت قضيته وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء والقياس فيه أن لا يثبت الاذن لأن السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لأن الظاهر أنه مأذون لأن أمور المسلمين مجمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لأن الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلى الى هنا كلامه واقني أثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزليعي في شرح الكثر (قوله الا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه) لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا (أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله لانها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم أن يبيعه ولا يستيفه بديونهم الا أن يفدى المولى بديونهم - وان أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو

مملوك وهذا اقرار منه على نفسه والثاني أخبر أنه مأذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقرار عليه ليس بحجة وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (كي لا يضيق الأمر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة الى قبول قوله لان الانسان يبيع الاحرار والعبيد في التجارة فالقول يقبل قول الواحد في المعاملات لا تحتاج الى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مأذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله (الا أنه) استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه أنه اذا لم يكن في كسبه وفاء لا يباع في الدين حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لان يبيعه ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى أنه اذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحينئذ جاز أن يكون مأذونا ولا يباع بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا يريد به قوله في وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه الى أن قال لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه

فصل لما فرغ من أحكام اذن العبد في التجارة بين أحكام اذن الصبي الا أنه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجعاً عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا أذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع ودون وصيورته ما أذن بالاسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصيانة نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعاول لا يحال بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه راضياً بتصرفه حينئذ ولانه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكون والبالغا فانه لان كونه مولى عليه سنة العجز وكونه والياسمة القدرة فصار كالطلاق والعناق ولا يصحان منه وان أذن له الولي بخلاف الصوم والنفل والصلاة النافذة لانهم لا يبايعان بالولي فيصحان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كصحتها ما اذا كانت (٣٥٧) في أبواب الخير وأصله أن كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه

فصل (واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصيانة نفسه ببقائه ولا أنه مولى عليه حتى يملك المولى التصرف عليه وملك حجره فلا يكون والبالغا فصار كالطلاق والعناق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يبايع بالولي وكذا الوصية على أصله فتحقق الضرورة الى تنفيذه منه أما بالبيع والشراء فيتولاها الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات والصباسبب الحجر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظراً الى اذن الولي

المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم التعليل حينئذ على أن لا يقبل قوله في الرقبة أصلاً لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له ولزوم كل شيء في التجارة لتسليمه على الناس فليتأمل والانظر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة أي في حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا أذن المدبر وأم الولد وحفظهما الدين لا يبايعان وهما مأذونان كما ذكر في النهاية وغيرها اهـ

فصل لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان الظاهر أن يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون لطابق ما قبله من قوله في التجارة وليع غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرهما أيضاً عندنا وكأنه قصد الاكتفاء بذلك مع كون الثاني أعم وأظهر في افادة تمام المراد وهذا ما في عبارة مختصر القدوري ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصر على ذلك في الهداية أيضاً مع ظهور منية ما في عبارة المختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون نافذ التصرف في باب التجارة مطلقاً بل لابد من أن يقبل الشراء أيضاً بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصباسبب الحجر لعدم الهداية لالذاته وقد ثبتت نظراً الى اذن الولي)

التصرف فكذا من أذنه ألا ترى أن الطلاق والعناق لما يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولي بذلك (قوله والصباسبب الحجر) جواب عن قوله لان حجره لصيانة نفسه وانما لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغبر وهو عدم الهداية في أمور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغیره وهو حق المولى فانما أذنه الولي زال ذلك الغبر لانه يعلم أنه لو لم يكن هادياً في أمور التجارة لما أذنه الولي فيصح تصرفه كالأذن للعبد المولى

فصل واذا أذن ولي الصبي (قوله والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول الظاهر أن يقال الذي يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثاني بناء على انه يستلزم الاول (قوله يعني قلت بصحتها) أقول الضمير في بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضرراً من كل وجه فلا ينتقض بالطلاق والعناق

لا يتحقق من الولي في حقه
صح تصرفه بنفسه فيه
وما يتحقق منه لا يصح
مباشرة الصبي فيه بنفسه
لان تصرفه بنفسه بسبب
الضرورة (وقد تحقق)
فيجب تنفيذه (أما بالبيع
والشراء فيتولاها الولي فلا
ضرورة ولنا أن التصرف
المشروع صدر من أهله في
محله عن ولاية شرعية
فوجب تنفيذه) أما أنه
تصرف مشروع فلا ن الله
تعالى أحل البيع من غير
فصل بين البالغ والصبي وأما
أنه صدر من أهله فلا ن فاعل
يميز يعلم أن البيع سالب
والشراء جالب ويعلم الغبن
اليسير من الفاحش والاهلية
لهذا التصرف بكونه كذلك
وأما أنه في محله فلا يكون
المبيع مالا متقوماً وأما
الولاية الشرعية فلانه صدر
بإذنه وليه والولى له هذا

وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فان
الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وليه له وبمباشرة
نفسه فكان مريحة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا
ولاية الولي ليتدارك ذلك (٣٥٨) وقوله (بمخلاف الطلاق والعناق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعناق

وحاصل ذلك أن تصرفات
الصبي على ثلاثة أقسام
نافع محض وضار محض
ومتدبرينهما فالاول كقبول
الهبة والصدقة يؤهل له
قبل الاذن وبعده والتأني
كالطلاق والعناق لا يؤهل
له أصلا والثالث كالبيع
والشراء يؤهل له بعد الاذن
لان نقصان رأيه ينجر برأى
الولي لا قبله لكن قبل الاذن
يكون موقوفا على اجازة
الولي لاحتمال وقوعه نظرا
فانه أحد المحتملين وصحة
التصرف في نفسه لصدوره
من أهله في محله فان قيل
اذا باع شيئا بأضعاف قيمته
كان نافعا محضا كقبول
الهبة فيجب نفوذه بلا توقف
وأجيب بأن المعترف في ذلك
هو الوضع لا الجزئيات الواقعة
اتفاقا (وذكر الولي في الكتاب
ينظم الأب والجدة عند
عدمه) وليس المراد به الترتيب
لان وصي الأب مقدم على
الجدة وترتيبه وليه وهو الأب
ثم وصي الأب ثم الجد الأب
ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه
ثم الولي (بمخلاف صاحب
الشرط) يريد به أمير البلدة
كأمير بخاري فكان الولي

وبقاء ولايته للنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بمخلاف الطلاق والعناق
لأنه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء
دائر بين النفع والضرر فيجوز أن يؤول له أهله بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفاً منه على اجازة
الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكروا في الكتاب ينظم الأب والجدة عند عدمه
والوصي والقاضي والولي بمخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط أن يعقل كون
البيع سائبا للمالك جالبا للربح

هــ هذا جواب عن قول الشافعي لان حجره لصبا فيبقى بقاءه تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية
الصبي في أمور التجارة لالذاته فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره فاذا أذن له الولي زال ذلك الغير
لانه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة اذ لو لم يكن هاديا فيها لما أذن له الولي فينفذ تصرفه
كالوذن المولى للعبد كذا في الشروح (أقول) بردي على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الأمر
كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون اذن الولي اذ اعلم هدايته في أمور التجارة بتدليل من الدلائل غير ان الولي
لحصول العلم اذ ذلك أيضا نزول ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من
الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي أصلا فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما
فتأمل (قوله وبقاء ولايته للنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب
العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء
ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف
نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مريحة في حقه فوجب
اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية الى غيرها فأبقينا ولاية الولي
ليتدارك ذلك اهـ كلامه (أقول) في تقريره شيء أما أولا فلا نؤثر في اعتبار كلامه في التصرف
نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فان تصرفه الذي هو نافع محض
كقبول الهبة والصدقة يتفقد بغير اذن الولي أيضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعناق لا يتفقد
بإذن الولي أيضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع
والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله
الذكر وفي اعتبار كلامه في التصرف نظره وأما ثانيا فلا نؤثر مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول
المصنف واحتمال تبدل الحال معطوف على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره
وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين ودخل معه في حيز قوله لنظر الصبي
اذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم أن قول
المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جوابا عن قول الشافعي ولانه مولى عليه
الخ وثانيهما أن يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي وليا للتصرف بإذن وليه لكان
ينبغي أن لا يبي في وليه وليا في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية

اختار

أ كبر منه لان له ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول وعندى أنه جواب عن ثلث دلائل الشافعي يمنع المناقاة بين كونه وليا وموليا عليه مستنداً بأن
كونه موليا عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين الخ لا للعجز فليتأمل (قوله لاستيفاء المصلحة الخ) أقول تعليل لقوله للنظر له (قوله
واحتمال تبدل الحال) أقول معطوف على للنظر له

وقوله (والتشبيه بالعبد المأذون له الخ) كذلك لكن يرد عليه أن التعميم ليس يستقيم فإن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المدينين بحيث يحيط بماله دون الولى وأجيب بأن ذلك من انجبار المولى وعدم انجبار الولى ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبأن دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولى ودين العبد (٣٥٩) يتعلق بكسبه والمولى أجنبي

منه إذا كان الدين مستغرقا (ويصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه) عينا كان أو دينيا لولايه ولغيره لا نفي كالك الحرج عنه فكان كالبايعين وأورد بأن الولاية المنعدية فرع الولاية القائمة والولى لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف أفاده ذلك بأذنه والجواب أنه أفاده من حيث كونه من نوابع التجارة والولى يملك الاذن بالتجارة ونوابعها (وكذا يجوز ثبوته في ظاهر الرواية) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما أنه لا يجوز اقراره بذلك لأن صحة اقراره في كسبه حاجته في التجارة إلى ذلك لئلا يتعطل الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر أن الحرج لما انفك عنه بالأذن التحق بالبايعين ولهذا نفذ أبو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالبايعين الفاحش كالبايعين فكان الموروث والمكتسب في صحة الاقرار سواء لكونهما ماليا

(قوله الخ كذلك) أقول
يعنى تقدم ذكره (قوله

والتشبيه بالعبد المأذون له يفيده أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لأن الاذن فله الخ والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبي فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كفى العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا يجوز ثبوته في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد اختيار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليه بالاختيار ثم الاختيار (قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيده أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه) أى في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها (أقول) لقائل أن يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون إنما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم أو على الاطلاق وأما إذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليأمل وقال صاحب النهاية فإن قلت كيف يستقيم تميم قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله والولى ليس محجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الحرج وعدمه هو في انجبار المولى وعدم انجبار الولى في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضا لاختلاف التصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب أو الوصى التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا لأن دين الحرفي ذمته لا يتعلق بماله بخلاف دين العبد المأذون فإنه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كالأجنبي آخر إذا كان الدين مستغرقا اه كلامه واقتضى أثره صاحب العناية في ذلك السؤال ووجهى الجواب ولكن سلك مسلك الاجبال (أقول) الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لأن حاصل هذا الوجه بيان علة انجبار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون إذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انجبار الولى عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعديل في قول المصنف ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم (أقول) ليس هذا أيضا بسديد أما أولا فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لأن كلمة ما من ألفاظ العموم على ما تقر في علم الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الأحكام فإن الجمع المعروف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق إذا لم يكن هناك معهود كما تقر هذا أيضا في علم الاصول وأما ثانيا فلأنه لا دلالة في الجواب الثاني أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما تضمنه مجرد بيان العلة في انجبار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انجبار الولى عن التصرف في مال الصبي فتمثل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه أصلا (قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه)

لكن يرد عليه الى قوله في مال العبد الخ) أقول هذا ممنوع وقد مر من الشارح نقل ما من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه (قوله يتعلق بذمته) أقول يعنى فقط (قوله يتعلق بكسبه) أقول يعنى يتعلق بكسبه أيضا أى كما يتعلق بذمته لان ذمته ضعيفة بخلاف الصبي الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم والا فلا تظهر صلاحته للجواب (قوله والمولى أجنبي منه الخ) أقول هذا مسلم إذا كان مستغرقا لرقبته أيضا وأما إذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام

(ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) وإن كان الولي والوصي يملكها إلا أن لا يبتاع ما كان من صنيع التجار والكتابة (٣٦٠) ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بعتة

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بعتة الصبي بصير ما أدونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والسم دون القاضي فإنه ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذ كر الولي في الكتاب ينظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ معتوها فما اذا بلغ عاقلا ثم عنه فاذا ن له الاب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياسا وهو قول أبي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

أورد عليه بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي وأجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بأن الولي انما لا يملك ذلك لأنه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو وشهادته واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا أن اقراره لا يصح يترزون عن معاملته فان من معاملته لا يمتنع من أن يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره اه (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله بيان عدم صحة اقرار الولي على الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الاراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وهما لم يتحقق الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبيهه في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بدله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اه (أقول) هذا الجواب أيضا غير مستقيم لانه ان أراد أن الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فملك أيضا نفس التجارة وتوابعها التي من جملتها اقراره على مال الصبي فممنوع اذ لا شك أن اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فاني يملكه الولي وإن أراد أن الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فسلم ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السؤال المذكور لان اللازم منه أن يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام في أن يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف تعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام * ثم أقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد تقرر فيما مر أن الصبي يتصرف بأهله وملكه والصواب ليس سبب الجواز بل لعدم هدايته واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لأنه يكتسب الولاية من اذنه إلا أن الصالحا كان من أسباب المرجحة بالحديث لم يؤهل الصبي أصلا لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الاذن وبعده وأهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دائر بين النفع والضرر اذ من لا يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبي بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجه حسن وجواب شاف تحسم به مادة الاشكال بالكلية

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحق ان اقرار المأذون لما يصح بديون التجارة دون غيرها يصح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني

الصبي بصير ما أدونا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والسم دون القاضي فإنه ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذ كر الولي في الكتاب ينظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ معتوها فما اذا بلغ عاقلا ثم عنه فاذا ن له الاب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياسا وهو قول أبي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله والله أعلم

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا يحق ان اقرار المأذون لما يصح بديون التجارة دون غيرها يصح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني

كتاب الغصب

(قوله ايراد الغصب الى قوله ما لا يحق) أقول ويجوز أن يقال نقاذ تصرف الغاصب يكون بالاذن كنفاذ تصرف المأذون الآن في الغصب بالاذن اللاحق وفي المأذون بالاذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكر بعده لما بينهما من المقابل فان العبد المأذون يتصرف في مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

للمأذون

بالاذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكر بعده لما بينهما من المقابل فان العبد المأذون يتصرف في

مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

فكان ذكرا النوع بعد ذكرا الجنس مناسبا والثاني أن المصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكر أحد المتحاشين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع والغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان متقوما أو غيره يقال غصب زوجة فلان وخزف فلان وفي

الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده فقلوه أخذ مال يشمل المحدود وغيره وقوله متقوم احتراز عن الخمر وقوله محترم احتراز عن مال الحربى فانه غير محترم وقوله على وجه يزيل يده أي يد المالك لبيان أن ازالة يد المالك لا بد منها في الغصب عندنا وعند الشافعي رحمه الله هو اثبات يد العبد وان علمه وغرة الخلاف تطهر في زوائد المصوب كولد المصوبة وغرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لعدم ازالة اليد وعنده مضمونة لاثبات اليد

(قوله فكان ذكر النوع الخ) أقول فيه بحث (قوله الا أنه قدم الاذن الخ) أقول هذا الاحتياج اليه بعد ما بين وجه تأخر المأذون من الخمر (قوله وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده) أقول لا بد من أن يراعى في هذا التعريف قيدان أحدهما قيد أو بقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو بقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب في الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المهرمن أو من يد المودع فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا أنه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده أو بقصر يده ان لم يكن في يده اه وهكذا قال في الكافي أيضا وثانيه ما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب شريعة السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان

وفي الشريعة أربعة أخصال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده

المأذون لما صح بدون التجارة دون غيرها صح بدون الغصب ولم يصح بدون المهر لكونه لا أول من التجارة دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكرا الجنس مناسبا والثاني أن المصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكر أحد المتحاشين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع كذا في النهاية والعناية (أقول) في الوجه الاول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ما لا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة لابين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فلتا لخر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لامسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني أن مناسبة ذكر النوع بعد ذكرا الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بطرذا ويمكن أن يجاب عن كل منهما ما بنوع عناية أما عن الاول فبان يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا أنه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة وأما عن الثاني فبان يدعي عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال ان هاتيك الوجوه مصححات لا مبرجات البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سبقته أيضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندى ان المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف بالاذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغاصب ليس مشروع اه واعلم أن محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنائيات والديات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها (قوله وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده) أقول لا بد من أن يراعى في هذا التعريف قيدان أحدهما قيد أو بقصر يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو بقصر يده لئلا يخرج على تعريف الغصب في الشرع ما أخذه الغاصب من يد غير المالك كما إذا أخذه من يد المستأجر أو من يد المهرمن أو من يد المودع فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها الا أنه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده أو بقصر يده ان لم يكن في يده اه وهكذا قال في الكافي أيضا وثانيه ما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب شريعة السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان

(٤٦ - تكمله سابع)

الغاصب زوائد المصوب اذا هلكت بغيره - لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه وكذا لو جنس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا وعدم اليد المطلقة انتهى لكن ذكر في فتاوى قاض خان مسألة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عولا فاستهلك حتى يسر لرباه قال أبو بكر الخبيبي يضمن قيمة العجول ونقصان الام ولم يفعل في الام شيء

الغصب على سبيل الجهار والسرقة على سبيل الخفية والاستسار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر
 لتعريف الغصب شريعة في الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا
 التعريف حيث قال في شرح الوفاة ثم لا بد أن يراعى على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج
 السرقة اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور
 على السرقة قلت نعم الآن في السرقة خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخل مسائلها
 باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من
 الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها
 صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لآخرها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على
 سبيل الخفية ولم يدرك أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرر زعي سبيل الخفية
 التي هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول أن السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب
 الحد داخل في التعريف المذكور إذ لا يمنع شيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها
 كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها ما أذعن عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على
 التعريف المذكور قيد على سبيل الجهار أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على
 سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا شك أن قيد على سبيل الجهار أو لا على سبيل الخفية ينافي الصدق
 على ما كان على سبيل الخفية فإذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخل
 في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حد الغصب في الشرع والالزام أن تكون
 السرقة بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة للقطع بخالف حكمي السرقة والغصب
 في الشرع فلغاؤه وذلك لا ينافي دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى والثاني أن قوله كالشراء
 من الفضولي فإنه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لأن مجرد الشراء
 من الفضولي ليس بغصب قطعاً وانما الذي يصير غصبا أخذ المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك وهو
 ليس ببيع جزوا وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلاً وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا
 صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث أن قوله كأخذ مال غير محرر زعي سبيل الخفية في قوله ولم يدرك
 أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كأخذ مال غير محرر زعي سبيل الخفية ليس بصحيح لأن
 ما كان غير محرر كيف يتصور أخذ على سبيل الخفية فان عدم الحرز ينافي الاختفاء وعن هذا قال
 صاحب الهداية في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسار لا يتحقق
 بدونه اه ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم
 بغير إذن المالك بلا إذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا إذن مالكه لان كون المأخوذ
 ملكاً ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلاً صرح به
 في البدائع اه (أقول) وفيه أيضاً خلل لان الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك
 الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فزول ملك
 الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعة الى العباد وهو هذا كله مما تقرر في أول كتاب الوقف فعلى
 كلا القولين يكون الموقوف مملوكاً فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلاً ولئن سلم تمام ذلك
 فكأن الموقوف مضموناً لا ينتضي كونه مغصوباً بغصب شرعي فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص
 بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره أيضاً بنوع من التمسك والجنابة ألا يرى أن زوائد المغصوب
 كولد المغصوبة وثمر البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعاً لعدم تحقق ازالة المالك عنها بناء
 على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي أمانة في يد الغاصب ان هلك

واستخدام العبد وجل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لأن البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب من يلا
ليده مع بقاء أثر فعله ثم إن كان الغصب مع العلم بأنه ملك الغصوب منه فحكمه المأثم (٣٦٣) والمغرم وإن كان بدونه فالضمان

لأنه حق العبد فلا
يتوقف على قصده ولا إثم
لأن الخطأ موضوع قال
(ومن غصب شيئا لمثل
مثله ولا تفاوت بينهما
ما اعتدى عليكم ولأن
المثل أعديل لما فيه من
مراعاة الجنس والمالية
فكان أدفع للضرر قال
(فإن لم

حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم
والمغرم وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع قال
(ومن غصب شيئا لمثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان
مثله ولا تفاوت بينهما ما هو هذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم ولأن المثل أعديل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فإن لم
يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة)

لا يضمنه عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع أنه إذا تعدى فيها يجب عليه الضمان
بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب وكذا إذا قتل رجل عبدا رجلا خطأ في يد
مالك يجب عليه ضمان قيمة العبد بخلاف ما أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة
فرق بين ضمان الغصب وضمنان الاتلاف كما أنه وعليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي
في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فمحتاج إلى تغييره
(قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لأنه بالاستخدام والجلوس
أثبت يد التصرف عليه ومن ضروراته إزالة يد المالك عنه فمحتاج للغصب بخلاف الجلوس على البساط
لأن البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله يبقى يده فمحتاج لإزالة يد المالك
فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العزوف كلام المصنف ههنا مؤاخذه لفظة وهي في قوله وجل
الدابة يعني والجل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لأن جل لا يتعدى بنفسه إلى اثنين وانما يتعدى
بنفسه إلى واحد وإلى آخر يحرف الجر تقول جلت المتاع على الدابة فيصح إضافة المصدر منه إلى المتاع
لأن الدابة فتقول جلت المتاع ولا تقول جلت الدابة لأن الدابة لا يضعف الفعل فيتعدى إلى اثنين بنفسه فتقول
جلت الدابة المتاع فيثبت تصح إضافة مصدره إلى الدابة فتقول تحميل الدابة لأن التحميل مصدر جل
للضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير
عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيهه
كلام المصنف ههنا بما وجبه الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخارا
بمواظبتها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة لأنه نزع الخافض وعدى المصدر
بالإيصال اه وقصده الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها تقرر
والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وإن كان
بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتبين فيما إذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما إذا كان قائما
في يده فحكمه رد العين كما أتى في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه
الخاص بصورة الهلاك اللهم إلا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل إن الموجب الأصلي للغصب مطلقا هو
التهمة ورد العين مخلص كما سيجيء من ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما
بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولأن المثل أعديل
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لأن الخطئة مثلا مثل الخطئة جنسا ومالية
الخطئة المؤداة مثل مالية الخطئة المغصوبة لأن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية اه (أقول)

لا يضمنه عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع أنه إذا تعدى فيها يجب عليه الضمان
بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب وكذا إذا قتل رجل عبدا رجلا خطأ في يد
مالك يجب عليه ضمان قيمة العبد بخلاف ما أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجملة
فرق بين ضمان الغصب وضمنان الاتلاف كما أنه وعليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي
في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فمحتاج إلى تغييره
(قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لأنه بالاستخدام والجلوس
أثبت يد التصرف عليه ومن ضروراته إزالة يد المالك عنه فمحتاج للغصب بخلاف الجلوس على البساط
لأن البسط فعل المالك وقد بقي أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله يبقى يده فمحتاج لإزالة يد المالك
فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العزوف كلام المصنف ههنا مؤاخذه لفظة وهي في قوله وجل
الدابة يعني والجل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لأن جل لا يتعدى بنفسه إلى اثنين وانما يتعدى
بنفسه إلى واحد وإلى آخر يحرف الجر تقول جلت المتاع على الدابة فيصح إضافة المصدر منه إلى المتاع
لأن الدابة فتقول جلت المتاع ولا تقول جلت الدابة لأن الدابة لا يضعف الفعل فيتعدى إلى اثنين بنفسه فتقول
جلت الدابة المتاع فيثبت تصح إضافة مصدره إلى الدابة فتقول تحميل الدابة لأن التحميل مصدر جل
للضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكان صاحب الكافي عن هذا غير
عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيهه
كلام المصنف ههنا بما وجبه الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي افتخارا
بمواظبتها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة لأنه نزع الخافض وعدى المصدر
بالإيصال اه وقصده الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها تقرر
والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وإن كان
بدونه فالضمان) أقول هذا انما يتبين فيما إذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما إذا كان قائما
في يده فحكمه رد العين كما أتى في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه
الخاص بصورة الهلاك اللهم إلا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل إن الموجب الأصلي للغصب مطلقا هو
التهمة ورد العين مخلص كما سيجيء من ذكره ولكنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما
بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولأن المثل أعديل
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعناية لأن الخطئة مثلا مثل الخطئة جنسا ومالية
الخطئة المؤداة مثل مالية الخطئة المغصوبة لأن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية اه (أقول)

على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله

(قوله والثاني أما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لافتقاره إلى الدور (قوله لأن الجودة ساقطة العبرة في
الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات ضمن الجيد بمثله لا بردي رعاية للمالئة

وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع (لأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بما مثل له فتعتبر
قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

وقال أبو يوسف فدرجه الله
يوم الغصب وقال محمد
درجه الله يوم الانقطاع لأبي
يوسف أنه لما انقطع التحق
بما المثل له فتعتبر قيمته
يوم انعقاد السبب اذ هو
الموجب

قال المصنف (وقال أبو
يوسف يوم الغصب) أقول
وفي شرح الوقاية لصدر
الشرعية مذهب أبي
يوسف أعدل لأنه لم يبق
شيء من نوعه في يوم
الخصومة والقيمة تعتبر
بكثره الرغبات وقتها وفي
المعذور هذا متعذر
أومتعسر ويوم الانقطاع
لا يضبط له وأيضاً ينتقل
إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم
يوجد من المالك طلب
وأيضاً عند وجود المثل لم
ينتقل وعند عدمه لا قيمة له
انتهى ويمكن أن يجاب عنه
بما ذكر في النهاية حيث قال
وحد الانقطاع ما ذكره
أبو بكر النجاشي هو أن
لا يوجد في السوق الذي
يباع فيه وإن كان يوجد في
اليوم وعلى هذا انقطاع
الدراهم انتهى

الظاهر أن المقصود من التعرض ههنا لبيان كون الجوده ساقطة العبرة في الاموال الربوية دفع وورد
سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المصلحة بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجوده
والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندى لأنه أن أريد يكون الجوده ساقطة العبرة في الاموال
الربوية أنه لا تفاوت بين جيدها وورديتها في المصلحة فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف
ظاهر جداً وإن أريد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجوده والرداءة عند أهل
الشرع لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها وورديتها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به
السؤال المتجه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المصلحة في إيجاب
المثل غير مسلم لتحقيق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجوده والرداءة وذلك يقتضى التفاوت بينهما
في المصلحة بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجوده
والرداءة عند أهل الشرع يؤيد ورود ذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما
تصور التفاوت في المصلحة عند مراعاة التساوي في الوصف أيضاً تأمل تقف (قوله لأبي يوسف أنه لما
انقطع التحق بما المثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب) قال صاحب النهاية فان قلت
لم يقدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك الوجهين أحدهما
أن يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لأن المغيصوب دخل في ضمان
الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال
الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب
ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يأت إلا بتقديم قول أبي يوسف
ثم بقول محمد ثم بقول أبي حنيفة رجهما الله اه كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط بطريق الاجمال
في معراج الدراية أيضاً وكذا ذلك الوجه فقط في العناية أيضاً ولكن بطريق النقل بقيل (أقول)
كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلا نأ ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي
يوسف لأن المغيصوب المتلى إنما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمن المثل ثم انتقل إلى ضمان
القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذلك دليل محمد في أن يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت
الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو لم يزل قوة دليله فهي تقتضى تأخير دليله اذ من عادة
المصنف المستمرة أن يؤثر القوي عند ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر عزلة الجواب عن
المقدم وإن كان يقدم القوي في الأكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا ستره به عند من له قدم راسخ
في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلا نأ ثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني
مما لا يتعلق به نظرفقهى أصلاً فتغير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الأمر الوهمي مما لا يناسب بشأه
الرفيع فالوجه عندى أن المصنف جرى ههنا أيضاً على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالأقوى عند
ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر لا تقدم كما حصل ههنا أيضاً ذلك على ما يشهد
به التأمل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء
من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثره الرغبات وقتها وفي المعذور هذا متعذر وأومتعسر ويوم
الانقطاع لا يضبط له وأيضاً ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم إذا لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند
وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له إلى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل كلام
صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع ما ذكره أبو بكر

(ولمجد الخ) كلامه فيه واضح
 قيل انما قدم قول أبي يوسف
 لنثبت الاقوال بحسب ترتيب
 الزمان على تلك الاقوال فان
 أول الاوقات يوم الغصب ثم
 يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة
 وابراد الاقوال على هذه
 الأزمئة لم يأت بالابتداء
 قول أبي يوسف وان كان
 الثاني فعليه قيمته يوم غصبه
 قال المصنف رحمه الله
 (معناه) أي معنى قوله
 لا مثل له (العديدات المتفاوتة)
 وتحقيقه أن معناه الشيء
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه
 لان الذي لا مثل له على
 الحقيقة هو الله تعالى وذلك
 كالعديدات المتفاوتة مثل
 الدواب والنبات وانما وجب
 قيمته (لتعذر مراعاة الحق في
 الجنس فيراعى في المالية
 وحدها دفعا للضرر بقدر
 الامكان
 قال المصنف (لانه مطالب
 بالقيمة بأصل السبب كما وجد
 فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول
 فيه بحث فانه مطالب بالعين
 اذا كانت قائمة على القول
 الأقوى (قوله لان الذي
 لا مثل له على الحقيقة هو
 الله تعالى) أقول اذا اجسام
 متماثلة لتجانس الجواهر
 الفردية والمجردات غير ثابتة
 (قوله وذلك كالعديدات الخ)
 أقول أشار بقوله ذلك الى
 الشيء في قوله أن معناه
 الشيء الذي الخ

ولمجد أن الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا ي
 حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الوجه الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء
 القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد
 فتعتبر قيمته عند ذلك قال (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العديدات المتفاوتة لانه
 لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان

الثلجي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم اه
 وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أقول) ويمكن رد هذا الجواب بان
 يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في
 الخارج مطلقا وكأنه لهذا قال وفي المعدوم هذا متعذرا ومتعسر يعني أنه بعد ما عدم في السوق
 الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضا تعذر التقويم وان وجد فيها تعسر التقويم لان معيار
 تقويم المقومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا
 مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقائه في السوق الذي يباع فيه
 فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في هذا الانقطاع كالايجز (قوله بخلاف ما لا
 مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه اشكال لان
 هذا لا يتم على ما سيبي عن قريب من أن الواجب الاصل في الغصب على ما قالوا هو رد العين
 وانما رد القيمة مخلص خلفا اذا مطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا انما هو رد العين لانه
 الواجب الاصل مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت
 وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعد هلاك العين فيما لا مثل هو المثل في الذمة
 وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محمد فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند أبي
 حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد
 منهما وبالملة الفرق بين ما لا مثل له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الاول
 عند وجود أصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الواجب الاصل في
 الغصب مطلقا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيبي وأما على ما قيل ان الواجب الاصل هو
 القيمة ورد العين مخلص كما سيبي وأيضا لا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأسا في كل منهما ما تصرح
 بأن الواجب الاصل في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بأمر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على
 كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العديدات المتفاوتة) يعني معنى قول القدوري في
 مختصره ما لا مثل له العديدات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذ من النهاية وتحقيقه أن معناه الشيء
 الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعديدات المتفاوتة
 مثل الدواب والنبات اه (أقول) هذا الذي عده تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان أراد
 بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فينافيه تعليله
 بقوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير
 جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعليل ان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله
 تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان
 أراد بذلك ماله مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته كما هو الظاهر من تعليله
 فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال
 في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن بقيمته فعليه قيمته

أما العددي المتقارب (فهو كالكميل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قيل وإنما اقتصر على المكمل ولم يقل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذي في تبعيضه ضرر كالمنصوغ من القمم والطشت وليس بواضح لأن من المكمل ما ليس كذلك كالبر المخلوط بالشعير فإنه لا يمثل له فقيه القيمة وإن كان الأول فعلى الغاصب رد العين ولعمري أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لأعباء ولا جاذافاً (أخذه فليرده عليه) وهو واضح ورواية الفائق والمصابيح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقة ولكن إدخال الغيظ (٣٦٦) على أخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاذف إدخال الأذى عليه أو فاصد لعب

أما العددي المتقارب فهو كالكميل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا يمثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المقصوبة) معناه ما دام قائماً لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لأعباء ولا جاذافاً (أخذه فليرده عليه) ولأن اليد حتى مقصود وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قاله الأورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر إذا الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام

وهو يريد أنه يجب في ذلك ليغبطه (ولأن اليد حتى مقصود) بدليل جواز إذن العبد في التجارة فإنه لا يحكم لشرائه في حق نفسه سوى التصرف باليد لا سيما إذا كان مدوناً فإنه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم أن اليد حتى مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (إعادتها بالرد إليه وهو الموجب) أي رد العين هو الموجب (الأصلي على ما قاله الأورد القيمة مخلص خلفاً لأنه قاصر إذا الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام)

(قوله قيل وإنما اقتصر على قوله والطشت) أقول الآن بيننا ما فرقاهما البر والشعير مختلفان من الأصل بخلاف القمم والطشت المعمولين من

أي يضمن بقيته في شبه جواب المسئلة بلغ من الكلام لكونه معلوماً بصدر المسئلة وبالجملة تفسيره لا يمثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسيره ما لمثل في المسئلة الأولى بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية بمحالة تقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الأولى أيضا ومن غصب شيئاً مثل فهلك في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندى أن المراد بما لمثل في المسئلة الأولى ما لمثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف إليه المثل عند الإطلاق وبما لمثل في هذه المسئلة ما لا يمثل له صورة ومعنى وإن كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل أن المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الأصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الأصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الأصل لأنه خلف عن المثل الكامل اه فيصير معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روى عن شريح من كسر عصا فهى له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص اه (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليك فاعدها عليه بمثل ما اعتدى عليك لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئاً له مثل كالكميل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الأولى وهو الذي أشار إليه في الكافي وغيره بقوله لما تلونا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالكميل) قال في النهاية وإنما اقتصر على المكمل ولم يقل كالكميل والموزون لأن من الموزونات ما ليس بمثل

أصل واحد كالتحاس فان اختلافاً فهما ليس بالاختلاف الصفة (قوله ولعمري أن تقديم هذا الخ) أقول وهو وإنما أقدم المصنف ما قدمه اهتماماً بالكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لأنه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك في بعض الأحكام) أقول منها الوأبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولو لأن الواجب الأصل في القيمة لما صح ذلك ومنها لو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجباً لكان كفاً بالعين وهذا يصح ومنها أنه لا يجب الزكاة على الغاصب في نصاب يد الغاصب إذا انتقص ذلك النصاب بمقابلة وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره في النهاية والجواب أنها عرضية أن يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لأنه قاصر الخ) أقول يعني لأن رد القيمة قاصر

فهما اذا أبرأ الغاصب عن الضمان حال قيام العين فانه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتا لما صح الابرأ لان الابرأ عن العين لا يصح ومنها صحة الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة فان الغاصب اذا كان له انصاب في ملكه وقد غصب شيئا وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب قبل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصل لو كان القيمة لاز للغاصب أن يمنع عن رد العين اذا قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن مسألة الابرأ انما هو بضرورة أن يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الابرأ صحيحا من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التقرير والافوار وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وقد تقدم في الكفالة وعن مسألة الزكاة بما ذكرنا في مسألة الابرأ (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى

(٣٦٧)

هلا كه احبسه الحاكم حتى يعلم أنهم لو كانت باقية لا تظهرها) ومقدار ذلك مفروض الى رأى الحاكم وهذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن (فان ادعى هلا كه احبسه الحاكم حتى يعلم أنهم لو كانت باقية لا تظهرها ثم قضى عليه ببذلها) لان الواجب رد العين والهلاك يعارض فهو يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه عن متاع فيجس الى أن يعلم ما يدعيه فاذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بده وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول)

ببذلها) بما اتفقا عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لان الواجب رد العين والهلاك يعارض فالغصب يدعى أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله)

وهو الموزون الذي في تبعضه ضرر كالمصوغ من القم والطشت اه (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتصره على المكمل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضا حيث قال ومن غصب شيئا مثل المكمل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد ذلك ما في النهاية بقبول وليس بواضح لان من المكمل ما هو كذلك كالبراءة المخلوط بالشعير فانه لا يمثل له ففيه القيمة اه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكمل في قوله أما العبدى المتقارب فهو المكمل حتى يجب مثله لقلة التفاوت هو المكمل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البراءة المخلوط بالشعير القيمة لانه لا يمثل له بقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكمل في تحقق المماثلة في الكيسل كما تقرر في باب الرابح من البيوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لان الغصب بحقيقته ويتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصل بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور أعني قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال في تفسير ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار اليه صاحب العناية أيضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل أشار اليه المصنف نفسه

وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب اذا غصب المغصوب والقاضي يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم فواجهه قبل في المسئلة رايان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الافضل

قال (والغصب فيما ينقل ويحول الخ) الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر

(قوله اذا انتقص النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب) أقول كما اذا انتقص بالدين (قوله قبل والصحيح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك) أقول رده العلامه الزبلى وقال كونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على أنه ليس بأسل كالمظهر مع الجمعية فان الظاهر هو الاصل والجمعية خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها الى هنا عبارته وولك أن تقول ثبت ذلك على خلاف القياس بالنص فيقتصر على مورد (قوله وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خير بأنه يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أحجب به عن مسألة الابرأ (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو قضى بلا تلوم يجوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الافضل) أقول يعني الافضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره

(لان الغصب بحقيقته) حواله (يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) ولان نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق (فانما غصب عقار افهلك في يده بغير صنعه لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول والشافعي رحمه الله لتحقيق (٣٦٨) اثبات اليد بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك (ومن ضرورته زوال اليد المالك

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقار افهلك في يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقيق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليد على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول ويجوز الوديعه

حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداء القصر في التركيب المزبور ماذا فعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الأدب ومنه ينعوالتو كل على الله والكرم في العرب والامام من قرش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الآتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذ كر التفصيل الآتي ههناك يستغنى عن ذكر التعليل ههنا فالأحسن أن يكتفى بما سبأ في في تعليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الأصل المذكور ههنا كما كتفي ببيان الخلاف ههناك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور ههناك متحقق ههنا أيضا بحالة (قوله واذا غصب عقار افهلك في يده لم يضمنه) أقول كان اللائق بالمصنف أن يذ كر القاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقار الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الأصل فينبغي أن يظهر علامة التفرع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذ كر كلمة القاء في عامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولاً وهو قول أبي يوسف الآخر حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الآخر لا ينعقد موجباً للضمان اهـ والعجب أن كلمة القاء كانت مذكورة في مختصر القدر في بدلها المصنف بالواو في البداية والهداية * ثم أقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقار هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يجه أن يقال قد تقرر في عامر أن حكم الغصب مطلقاً عند هؤلاء العيين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وههنا كفي في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والتحقيق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة قال بعض القضاة اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ (أقول) فيه أن المصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وهنا الحقيقة اللغوية متميزة فلا يصار الى المجاز اللهم إلا أن يريد المجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الادعاء مقدمه كما لا يخفى وقال صاحب غايه البيان وقد اختلف عبارات المشايخ في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجهه بوجوب الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقار افهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق أصلاً واليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه (أقول) فيه نظر لانه ان أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلان لم ذلك اذ لم يقل أحد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيما كيف ولو قاله المصنف منه أن يقول لا على وجهه بوجوب

لاستحالة اجتماع اليدين) من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وانما قيل من جنس واحد احترازاً عما إذا أجرداره من رجل فأنه في يد المستأجر حقيقة وفي يد الآخر حكماً لكن ما يبدان مختلفان (فيتحقق الوصفان) يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه فصار كالمنقول) في تحقق الوصفين (وبجود الوديعه) في العقار فانه اذا كان وديعه في يد شخص بغيره كان ضامناً بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت أن جهود الوديعه غصب مع عدم القول به في غير صورة التجرد تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام لانه يكتفي في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويحول لافي العقار قال المصنف (واذا غصب

عقاراً) أقول اطلاق لفظ الغصب هنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك) أقول ولتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فان عنده يتحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا في شرح الكاكي وقال الاكمل وكان التكلف باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(ولاي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة اليد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه) أي باخراج المالك (عنها) أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار (وهو) أي الاخراج (فعل في المالك لا في العقار) فانتفى ازالة اليد والكل ينتفى بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي) حتى تلفت فان ذلك لا يكون غصبا لها (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود عنوعة) إذ كفي المختلفات أن الوديعة لو كانت عقارا لاتضمن وان جحدوز كفي المبسوط والا صح أن يقال بجود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكتناه ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكتناه ضمنه في قولهم جميعا أما على قول محمد والشافعي رحمه الله فظاهر وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله فلا تارة اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله (ويدخل فيما قاله) يعني القدر يرى (اذا انهدمت الدار بسكتناه وعمله) بأن كان عمله الخدادة أو الفسادة فوهي جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا بسكتناه وعمله بل بأكفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (٣٦٩) (فلو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر

بالغصب ولا يثبت لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان في الغصب عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا يثبت له لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك يثبت تحقق الغصب وأما اذا كان له يثبت أنه ممكن أن يقيمها على أن الدار ملكه وبأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون

وله ما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود عنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكتناه ضمنه في قولهم جميعا) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكتناه وعمله ولو غصب دارا وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا يثبت لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المصوب في يد الغاصب حكم مقر رابط الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفي الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضا لان سلم أن أحدهما قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الاصل الشرعي عنده ما في العقار على ما ستعرفه فلا يصدر عن له أدنى عيب زانكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلا عن مثل ما يخناه ولا الاجلاء (قوله ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولا يثبت حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات

(٤٧ تكمله سابع) احتراز عن قول بعضهم بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا لم يداد لانسان وقضى له بها ثم جعاضنا قيمته اللهم ودع عليه بالاتفاق واتلافها كما اتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المستثنين أن الاتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهم ما حتى لو أقام البينة على المالك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما في مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بحجز المالك عن اثبات ملكه بينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه املكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامنا

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين) أقول لست شعري بأي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تتحقق في اخراج المالك أنظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن له فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف (وهذا لا يتصور في العقار) أقول للغصم أن يقول انما يضمن فيه لاتفاء اثبات اليد فأمل (قوله أي بسبب ذلك) أقول فيه تأمل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنها الاصل أو الأصلحة (قوله فاذا لم يكن للمالك يثبت تحقق الغصب) أقول فيه بحث (قوله لو أقام البينة) أقول يعني المالك (قوله على المالك لنفسه) أقول يعني بعد الشهادة والقضاء

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فياخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال
(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل) وسند كراوجه من الجانبين قال
(واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه)

اليد بازالة اليد المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا
باخرجه أي باخراج المالك عنها أي عن العقار معنى الضيعة أو الدار وهو أي الاخراج فعل في المالك
لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفى بانتفاء مجزئه اه (أقول) في تقريره قصور أما أولاً فلا
يجعل الباء في قول المصنف بازالة اليد المالك للسمية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد
الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك ليكون الاول وجودياً
وأصلاً صادراً من الغاصب والثاني أمراً عدمياً متقرباً على الاول وأيضاً لو كان الباء المزبورة للسمية
كان معنى كلام المصنف ولهما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم
منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود
فالوجه أن يكون الباءة للصاحبة فيكون المعنى ولهما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل
في العين فحينئذ ينتظم المعنى ويحصل المقصود وأما ثانياً فلا أن المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون
التفصيل أن لا تتحقق ازالة اليد أصلاً في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد
أن من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي
تعليل قوله ما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست بشالبة للنفي والمنع لتقريرها وبداهتها فلا جرم
كانت مسلمة عندهما ما يضاف كيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد أصلاً في غصب
العقار فالاولى في تقرير دليلهما واحداً كلام المصنف ههنا أن يقال ولهما أن الغصب اثبات اليد
العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقاً أي سواء كانت بفعل في العين
أو بفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقاً لا زالها بوجه خاص
وهو أن يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة
يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها أي
عن العين المغصوبة وهو أي ذلك الاخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل
في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عنده لا كما في يد الآخذ وبهذا التقرير يثبت
مدعى الامام الاعظم والامام الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والسابع كما
لا يخفى على ذي فطرة سليمة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ليت شعري بأي دليل
ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد يتحققه في اخراج المالك أظهر
اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فترا على
أصلهما أن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على أن هذا
شرط تحقق الغصب الاستدلال بضممان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه
بفعل في الضمان فيستدعي وجود ماله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتأمل
ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قوله ما وهذا لا يتصور في العقار بأن قال للخصم أن يقول
انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ إذ ليس في الخصم من ينكر
تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفتة آنفاً كيف يتصور أن يقول الخصم

(وان انتقصت بالزراعة
يغرم النقصان) ويعرف
النقصان بأن ينظر ربكم
تستأجر هذه الارض قبل
استعمالها أو بكم تستأجر
بعد استعمالها فتفاوت
ما بينهما ما نقصانها وهذا
قول نصير بن يحيى وكلامه
واضح قال (واذا هلك النقلي
في يد الغاصب بفعله أو
بغير فعله ضمنه)

وذكر اختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رد منجب القيمة) يعني على رأي من يرى أن الموجب الاصل في الغصب رد العين ورد القيمة مختص خلفاً (أو تنقرر) أي القيمة (بذلك السبب) يعني على رأي من يرى أن الاصل هو القيمة ورد العين خلف عنه فإن هلك العين تقرر القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أي ولو كان الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المغموب (في يد الغاصب) ولم يتغير نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان في يده مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهضة النديين فأنكسر نديها أو في غير يده مثل أن كان عبداً محترفاً فأنسى الحرفة (لأنه دخل في ضمانه بجميع) (٣٧١) أجرائه بالغصب (وقد فات منه جزءه) (ف) تعذر رد عينه (و) مات تعذر

رد عينه يجب رد قيمته) وأما اذا انجبر نقصانه مثل أن ولدت المغموبة عند الغاصب فردها أو في قيمة الولد وفاة بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لزمهر رحمه الله فإن كان النقصان بتراجع السعر فلا يتخلو أما أن يكون الرد في مكان الغصب أولاً فإن كان فيه فلا ضمان عليه لأن تراجع السعر يقتدر الرغبات لا بفوات جزءه وان لم يكن فيه يتخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان فيسترده لأن النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله أن ينتظر فقوله (بمخلاف تراجع السعر) متعلق بقوله فما تعذر رد عينه يجب رد

وفي أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد السابق أن الغصب فيما ينقل وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رد يجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص في يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجرائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبمخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف

انما لم يضمن فيه لا تنفاه نبات اليد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد السابق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول أن أراد أن الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في أكثر نسخ المختصر لجواز أن يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوي لا المحالة وان أراد أن الغصب مطلقاً فيما ينقل فهو ممنوع جداً ويمكن أن يجاب عنه أن المراد هو الاول ولا بد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور ههنا في أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لأن المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر إلى وضع أهل الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم البيان أيضاً فلا بد في اعادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في مخاطب أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة منتفية فوجب الجمل على المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقاراً فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل وبحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقاراً معناه اللغوي دون الشرعي تدبر (قوله) ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه نعم المثل وغير المثل من المنقولات لم يعم الحكم المذكور في جوابها كلاً منهم ما عدا قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتشبه في صورة المثل على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذ قد تقرر فيما مر أن المعنى في هاتيك الصورة عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع فلا يتم التقريب ليكون المسئلة اتفاقية (قوله وان نقص في يده ضمن النقصان لأنه يدخل جميع أجرائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته) أقول في هذا التعليل قصور اذ قد صرح في عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه نعم ما كان النقصان في يد المغموب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهضة النديين فأنكسر نديها أو ما كان في غير

قيمه (وبمخلاف المبيع) معطوف على قوله بمخلاف يعني اذا قص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان خسر النقصان كما لو اشترى جارية بمائة مثلاً فاعورت في يد البائع فصارت تساوي خمسين كان المشتري بخير ارباب امضاء البيع وفسخه فلا خيار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط لأنه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض وهذا لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجرائها وصفاتها فكانت مضمونة

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول الضمير في نقله راجع إلى الغاصب والضمير في راجع إلى المالك المقدم ذكره والضمير في يطالبه راجع إلى الغاصب

قال المصنف رحمه الله
(ومراده) أي مراد القدوري
رحمه الله بقوله وإن نقص في
يده ضمن النقصان (غير الربوي
أما في الرويات) كما إذا غصب
حنطة فعفنت عنده أو أناه
فضة فأنشتم في يده (ولا
يمكنه تضمين النقصان مع
استرداد الأصل لأنه يؤدي
إلى الربا) لكن صاحبه بالخيار
إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا
شيء غيره وإن شاء تركه
وضمنه مثله قال (ومن غصب
عبدًا فاستغله) أي ومن غصب
عبدًا فاجره وقبض الاجرة
فصار مهز ولا في العمل
فعليه النقصان لما بينا أنه
دخل جميع أجزائه في ضمانه
بالغصب فما عذر رد عينه
يجب رد قيمته ونقصان وصفه
مما عذره فيه الرد فوجب رد
قيمة النقصان ويتصدق
بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وعند أبي يوسف
رحمه الله لا يتصدق بها
وعلى هذا إذا أجر المستعير
المستعار والمودع الوديعة

قال المصنف (قال
رضي الله عنه وهذا
عندهما أيضا) أقول
الظاهر تقديم أيضا على
قوله عندهما

قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الرويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه
يؤدي إلى الربا قال (ومن غصب عبدًا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة)
قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضا وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار
بدينه مثل أن كان عبدًا محترقًا فقتل الحرق ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يتشبه في الصورة الثانية
لأن النقصان فيها من حيث الأوصاف دون الأجزاء فالأولى في التعليل أن يقال لأنه يدخل جميع أجزائه
وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معًا وأوفق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لأنه ضمان
عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمين بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير
الربوي) أما في الرويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا) يعني أن مراد
القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وأما في الرويات أي في الأموال الربوية
التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه
يؤدي إلى الربا هذا خوى كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان
الرويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة تعفنت في يده إذا اعتبر للتفاوت في الوصف عندنا
في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا بالاحتمال وأما فيما
إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيليا أو وزنا فتلف بعض أجزائه فنقص قدره كدلاء أو وزنا
فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بل تأد إلى الربا أصلا كما لا يخفى فما
معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل
في الرويات مطلقا تأمل وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أي مراد
القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أما في الرويات كما إذا غصب حنطة فعفنت
عنده أو أناه فضة فأنشتم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا لكن
صاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء تركه وضمنه مثله إلى هنا كلامه (أقول)
تقرر صاحب العناية ههنا وإن كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلا عن الإيضاح إلا أنه
منظور فيه عندي أما أولا فلا أنه قد صرح في شرحه بالهداية فيما مر حتى العناية بنفسها وفي سائر
المعتبرات أيضا بأن الوزني الذي في تبعضه مضرة كالصوغ من القمم والطست ليس بمثل بل هو من
ذوات القيم ولا شك أن أناه فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الرويات ههنا بأناه فضة أنشتم في يده
وأما ثانيا فلا أنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون
ذوات القيم التي منها أناه فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا ففعل الحق في حكم غصب أناه فضة
إذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار
إن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هكذا وإن كان
الأناه فضة فهو بالخيار إن شاء أخذ بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك إن
كان الأناه من ذهب فهو بالخيار إن شاء أخذ بعينه وإن شاء أخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب
النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل أناه فضة حيث قال وفي
المبسوط وإن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضم قيمته من
جنسه بناء على أصله أن الجودة والرداءة والصنعة في الأموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة
بجنسها فلوا وجبنا مثل قيمته من جنسها أدى إلى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق
المقصود منه عن الجودة والصنعة فلمراعاه حقه والحرز عن الربا قلنا يضم القيمة من الذهب مصوغا

لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر لأن المصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلأنه عمله من وقت الغصب مستندا إذا ضمن ولهما القول بالموجب أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمنه لكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسيبيله التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل أصله حديث الشاة المصلية وهو معروف فإن قيل التصرف في ملكه مستندا فإني يكون الخبث أجاب بقوله (والملك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفاني (فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل الملك ولهذا الوسم الغلة مع العبد إلى الملك يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره) أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال (لأنه محتاج إليه وللمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه) (٣٧٣) وهو أول ذلك لأنهم ملكه وإن كان فيه

خبث (فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال) أي وقت استهلاك الثمن (وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) أنه محتاج وكذلك إن استهلك الغلة مكان الثمن إن كان محتاجا فلا شيء عليه وإن كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب إذا تصرف في المصوب أو المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند أي حنيفة ومحمد رهما الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله وقد مر في الدلائل وجوابهم في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لأنعدام سبب الضمان فكان

لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن الخبث لأجل المال ولهذا يؤدي إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لمطوق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بالدين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح وهذا عندنا) وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لأبي يوسف وقد مر في الدلائل وجوابهم في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لأنعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة أما فيما يتعين كالثنين

أه (قوله لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لأن الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفاني من المصوب دون مجموع المصوب لأن الكلام فيما إذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل والظاهر أن الغلة أي الأجر بمقابلة منافع مجموع العبد المصوب المستغل لأعقاب له منفعة وصفه الفاني فقط فجاوذه القول بأن لا يتصدق بشيء من الغلة أصلا فتفكر (قوله فلو أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا) فسر جهو الشراح وقت الاستعمال بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط

التصرف في غيره ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشراء في وضع المسئلة تنبيه على تحقق الخبث وإن تداولته الأيدي ثم هذا أي عدم طيب الربح فيما يتعين بالإشارة كالعرض ظاهر وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثنين الدراهم والدنانير

(قوله لكنه بسبب خبيث) أقول أي لكنه حصل أولكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المصلية) أقول سيجي الحديث بتفصيله في الدرس الآتي قال المصنف (والملك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة إذا لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله وفي أكثر النسخ والملك المستند ناقص فلا مجال للعمل على هذا الاحتمال إلا يجعل الكلام عهدي (قوله أجاب بقوله والملك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الفاني) أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فاني غير قائم فتأمل فإنه إذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمتها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات قال المصنف (في زوال الخبث بالأداء إليه) أقول زوال الخبث بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جوازا لاستعانة للغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك الغلة لكن أدى دين زيد بماله الآخر فليتأمل فإن جوابه غير خفي

فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمتها) قال نخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها او تقدمتها أما اذا أشار اليها او تقدم من غيرها او تقدمتها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا او تقدمتها بطيبه وهذه أربعة أوجه أيضا وهو أنه اذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه تلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لاتنقيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالتقيد ليتحقق الخبث قالوا والفقوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للرجوع عن الناس وقال نخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمه الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لأنه اذا تقدمت ما لم يشرف سلامة المبيع حصلت به هذه الدراهم فاما أن يصير عنها عوضا فلا ثبت شبهة الخبث وان أشار إليها وتقدم من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا وسبيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب

فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمتها) قال نخر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها او تقدمتها أما اذا أشار اليها او تقدم من غيرها أو تقدمتها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا او تقدمتها بطيبه وهذه أربعة أوجه أيضا وهو أنه اذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه تلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لاتنقيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالتقيد ليتحقق الخبث قالوا والفقوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للرجوع عن الناس وقال نخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمه الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لأنه اذا تقدمت ما لم يشرف سلامة المبيع حصلت به هذه الدراهم فاما أن يصير عنها عوضا فلا ثبت شبهة الخبث وان أشار إليها وتقدم من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا وسبيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب

بعبارة صريحة فيما نرى وبه وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك ما لا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك اه (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره والا حق حتى يلزمه التصديق بمثلها عند أصابته مالا ولا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثلها من بعد أصلا فقها اذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم إلا أن يقال وجه تأخير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حال غناه بلا ضرورة لاحتمال أن يبيى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم يبعد أن يكون مدار الحكم الشرعي فتقدير وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شيء وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه انما يجوز أساسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البتة فلم يكن وجه تديد المصنف حينئذ بقوله فلو أصاب ما لا تصدق بمثلها ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ غناه فبعد أن صرفها إلى حاجة نفسه لو أصاب ما لا يخفى اللهم إلا أن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السيل فتأمل (قوله فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمتها) أقول في عبارة المصنف ههنا تسامح لان حاصلها يؤل إلى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى نفسه وإلى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها او تقدمتها نفس ما في الكتاب وقوله وتقدمتها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن في الشيء إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا أشار إليها او تقدمتها اذ حيث لا يلزم المحدث المذكور وتظهر المقابلة بقوله بعده وأما اذا أشار إليها او تقدم من غيرها أو تقدمتها أو أشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا او تقدمتها بطيبه هذه أربعة أوجه أيضا وهو أنه اذا دفع إلى البائع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه تلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لاتنقيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالتقيد ليتحقق الخبث قالوا والفقوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفعا للرجوع عن الناس وقال نخر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا رحمه الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لأنه اذا تقدمت ما لم يشرف سلامة المبيع حصلت به هذه الدراهم فاما أن يصير عنها عوضا فلا ثبت شبهة الخبث وان أشار إليها وتقدم من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا وسبيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب

التصدق (وان اشترى بالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعما فأما كله لم يتصدق بشيء) بل رد عليه مثل ما غصب (في قول قولهم جعلا ان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف لم يظهر الربح

قال المصنف (لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كما لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار الغنب زيبا بنفسه أو خلا أو الرطب غرافان المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرى ملك ماليتها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة اذا غصمها وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها ريسة وكسكا ونشأ وبذر وغيرها يزول بالطحن والظاهر أنه تأكيد لان قوله زال اسمها يتناولها فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة ومثل ذلك بقوله (كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طحنها) وفيه اشارة الى أن الذبح وحده لا يزيل الملك بل الذبح والطحن بمنزلة طحن الحنطة والامثلة كلها تدل على أنه لا بد للغاصب فيه من فعل (قوله وهذا كله) يعني زوال ملك المالك وتملك الغاصب وضمنه (عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب قال (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منها عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كن غصب شاة وذبحها وشواها أو طحنها أو حنطة فطحنها أو حديد فاقطعها أو صفر ففعلها آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

قول المصنف اذا اشترى بها ونقد لم ينفذ فانه قال هناك وهذا واضح فيما يتبعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها يتصدق بالربح وتظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي يقول في المسئلة ان ذلك على أوجه اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها أو يشير الى غيرها وينقد منها وفي كل ذلك بطيب الا أن يشير اليها وينقد منها فان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها الا أن يتأكد بالنقد منها قال مشايخنا بل لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب ههنا والمضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ نخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقال في الذخيرة قال مشايخنا الفتوى السوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعه للعرج عن الناس وعلى هذا انقرر رأي الصدر الشهيد وشمس الأئمة السرخسي

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اه (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزول به ملك المالك وان كان عارضا لا يصل الغصب الا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب أصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان التأخير آخر أخرى منه وأما ثانيا فلأن كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاقه للتأخير لا لفصله عما قبله بأن يورث في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكأن صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقرير بانه المقصود ببيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لبيان وجه مجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار الغنب زيبا بنفسه أو خلا أو الرطب غرافان المالك فيه بالخيار أن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرى ملك ماليتها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها يتناول الحنطة اذا

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب (قوله والظاهر أنه تأكد لان قوله زوال اسمها يتناول الخ) أقول فيه أن الشاة اذا أربت بعد ذبحها وسلبها يزول عنها اسم الشاة لا المنافع كما سيجي من الشارح فالاولى أن يقال قوله وعظم منافعها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها أو أربها فأنامل قال المصنف (وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك) أقول الاظهر لا يزول ملك المالك ليظهر كونه مقابلا لما روى عن أبي يوسف ثانيا فان فيه لا ينقطع حق المالك أيضا نعم ينبغي أن يكون المراد بحق المالك ملكه

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا إذا الدقيق عين الخطة من وجهه لأن عمل الطعن في تفريق الأجزاء
لا في أحداث ما لم يكن موجودا وتفرق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب ألا ترى أن الربا يجري بينهما مولا لا يجري الربا بالاعتبار
المجانسة (وعند الشافعي يضمه) لأن على أصله تضمه النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز وهو رواية عن أبي يوسف (وعنده أنه
يزول ملكه عنه) ولا يسقط عنه (٣٧٦) حقه (لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) (قوله وللشافعي) عطف على قوله

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا وعند الشافعي يضمه وعن
أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعي أن العين
باق فيبقى على ملكه وتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الخطة وألقته في طاحونة فطحنت ولا يعتبر
بفعله لأنه محذور فلا يصلح سبب للمالك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا هب
الساة المغصوبة وسلخها وأزبها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً من وجهه
ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد

غصبها وطعنها فإن المقاصد المتعلقة بعين الخطة كجعلها هريسة وكشكا ونشأ وبذر وغيرها تزول
بالطعن والظاهر أنه تأكيده لأن قوله زال اسمها يتناولها فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقة لا خطة إلى
هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر فإن كون قيسد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا لمجرد
التأكيدهم وقوعه في عبارات عامة المتغيرات من المطولات والمختصرات على الأثر ادب بعد جدا
لا تقبله الطباع السليمة فالجمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها
وأزبها فإنه لا يزول بالذبح والتأريب ملك مالها كما سيأتي في الكتاب مع أنه زال اسمها بعد التأريب
ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمة كما سيأتي التصريح به في عامة الشرح حتى العناية نفسها
ولهذا لم يزل ملك مالها عظم تدبر (قوله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) قال
بعض الفضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح
في بيان قول المصنف فيما سألنا أنه أحدث صنعة متقومة لأن قيمة الخطة تزداد بجعلها دقة بقا وكذا
قيمة الشاة تزداد بطبخها فإذا أزداد قيمة الخطة بجعلها دقة فإني بتصوره هناك نقصان القيمة بل الظاهر
أن المراد نقصان الوصف كما إذا عفت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لأن الدقيق عين الخطة
من وجهه فكان له أن يأخذه كقابل الطعن ثم قال والدليل على بقاء جنس الخطة فيه جريان الربا بينهما
ولا يجري الربا بالاعتبار المجانسة وقال فلما ثبت المجانسة بين الخطة ودقيقها كان أخذ الدقيق بمنزلة
أخذ عين الخطة ولو أخذ عين الخطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفاتها بسبب العفونة
لادائه إلى الربا على ما عرف فكذلك ههنا اه اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة
نقصانها بسبب فوات الوصف لانه صانعها بمجرد الطعن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله إضافة
النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لا يخفى (قوله للشافعي أن العين باذ الخ) قال صاحب العناية
قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا (أقول) ليس هذا بسد يد فان الواو غير موجودة
ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها لا بداءة اذ لو كانت للعطف على قوله
لأنه يؤدي إلى الربا بالزم الفصل بين الموطوفين بكلام أحسن وهو قوله وعند الشافعي يضمه وقوله وعن
أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له درية بأساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمنزلة
عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيلزم أن يكون تعليلا لعدم جواز

لأنه يؤدي إلى الربا وتقريره
أن بقاء العين المغصوبة
يوجب بقاءه على ملك المالك
لأن الواجب الأصلي في
الغصب رد العين عند قيامه
ولو لا بقاءه على ملك المالك
لما كان كذلك والعين باق
فيبقى على ملكه (وتبعه
الصنعة) الحادثة لانها تابعة
للأصل (كما إذا هبت الريح في
الخطة وألقته في طاحونة
فطحنت) فإن الدقيق يكون
ملك الخطة كذلك هذا
فإن قيل فبطل فاسد لأنه
تخلل في صورة النزاع فعل
الغاصب دون المستهد به
أجاب بقوله (ولا يعتبر بفعله
لأنه محذور فلا يصلح سبب للمالك
على ما عرف في الأصول أن
الفعل المحذور لا يصلح سببا
لنفيه وهو الملك فصار كما إذا
عدم الفعل أصلا) وحينئذ
صارت صورة النزاع كما يستشهد
به لا محالة (وصار كما إذا هب
الساة المغصوبة وأزبها) أي
جعلها أعضاء أو فاعل
الغاصب فيه موجود وليس
بسبب الملك لكونه محظورا
(ولنا أنه أحدث صنعة
متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد
بطبخها وشيئا وكذلك قيمة

الخطة تزداد بجعلها دقة (واحدتها صير) جنس (حق المالك هالكاً من وجهه) ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد ضمان

قال المصنف (غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع في دينه)
أقول قوله لكنه ليس في محله والظاهر أن يقال فيبباع في دينه (قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا) أقول فيلزم
أن يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبي يوسف هذا خلف وليس الواو في نسخنا موجودة وهو الأصوب

وحقه أى حق الغاصب (فى الصنعة قائم من كل وجه) وما هو قائم من كل وجه مخرج على الهالك من وجهه على ما عرف فى الأصول من قولهم إذا تعارض ضربا بالترجيح كان الربحان فى الذات أحق منه فى الحال لأن الحال قائمة بالذات تابعة له فينقطع حق المالك بالشئ والطبخ لأن الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هالكه من وجه (قوله ولا يجعله سببا للملك من حيث هو محذور) جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لأنه محذور وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة نفوت يد المالك عن المحل وهو محذور وجهة أحداث صنعة منقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة لا الجهة الأولى وقوله (بخلاف الشاة) جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح والسلخ باق كما تقدم أنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجب بأنه كذلك لأنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح (٣٧٧) جانب اللحية فيها الذم معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب

بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين بخلاف الطبخ بعده لأنه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها (قوله وهذا الوجه) أى وجه الاستدلال ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل لعامة فصول مسائل الغصب فانه إذا غصب دقيقا فغيره أو غزلا فنسجه أو قطنا فغيره أو سمسمما فعصره ينقطع حق المالك لتبدل الاسم وأما إذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع وكان بالخيار على ما سيجي لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه وقوله (لا يجعله) ظاهر

وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذى هو فائت من وجهه ولا يجعله سببا للملك من حيث أنه محذور بل من حيث أنه أحداث الصنعة بخلاف الشاة لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غير ما حافظه وقوله ولا يجعله الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحقاق القياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبى حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ضمان النقصان عند أبى يوسف هذا خلف اه (أقول) ليس هذا بشئ لأن معنى قوله للشافعى أن العين باق أن له فى إثبات مذهبه كذا وهذا هو المعنى أيضا على تقدير أن يكون وللشافعى عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا لأن له فى إثبات مذهب أبى يوسف كذا حتى يلزم أن يكون تعديلا لعدم جواز ضمان النقصان عند أبى يوسف كيف ولولزم ما توهمه من الخذور وههنا لزم ذلك فى كل موضع الخلاف يقال فيه عند إقامة أدلة المذاهب له كذا وله كذا ولنا كذا لا شئ أن المذكور ثانيا وأثالثا من تلك الأدلة بالواو معطوف على الأول مع أن مدعى كل واحد منها يخالف الآخر من جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا أنه أحدث صنعة منقومة فانه معطوف قطعاً على قوله للشافعى أن العين باق مع أنه ليس بتعليل لماعلله الشافعى بالارباب فالوجه فى صحة العطف فى أمثال ذلك كلها أن المعنى أن له فى إثبات مذهبه كذا ولنا فى إثبات مذهبنا كذا ولا محذور فيه أصلاً فاحفظ هذا فانه ينفعك فى مواضع شتى (قوله بخلاف الشاة) لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ) هذا جواب عن قول الشافعى وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلمتها وأرثها وتقريره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب وعلى وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لأنه يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأروبة بل يقال لحم مأروب فقد حصل الفعل وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك أجب بأنه كذلك لأنه لما ذبحها فقد أبقي اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحية فيها الذم معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يحققه فلا يكون دليل تبديل العين كذا فى العناية وغيرها (أقول)

(٤٨ - تكمله سابع) وقوله (ووجهه) أى وجه القياس (أن ثبوت الملك مطلق للتصرف) يعنى أن الملك قد ثبت

لغاصب وانقطع عنه المالك بالدلائل المذكورة والملك مطلق للتصرف من غير توقف على رضا غيره (ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز) قوله وحقه فى الصنعة قائم من كل وجه (أقول قال كل الدين أى حق الغاصب انتهى لكن الظاهر أن يقول والصنعة قائمة من كل وجه فتأمل ما وجه العدول (قوله كان الربحان فى الذات أحق منه فى الحال) أقول قوله فى الذات أى فى الوجود وقوله فى الحال أى البقاء والضمير فى قوله منه راجع إلى الربحان قال المصنف (ولا يجعله سببا للملك) أقول أى لا يجعل الصفة بتأويل الفعل أو على اعتبار المقبول الثانى (قوله وتقريره أن لهذا الفعل جهتين جهة نفوت يد المالك عن المحل) أقول لا يظهر أن يقال جهة كونه تصرفاً فى ملك غيره على سبيل العدول والا فتفوت يد المالك حصل بالنقل فيكون تحصيلاً للحاصل الآن يقال بتأكيده ذلك التفوت وكان على شرف السقوط (قوله باق كما تقدم) أقول فى أول الفصل وفى باب الربا أيضاً (قوله بل يقال لحم مأروب) أقول الظاهر مأروب أو مؤرب

وجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم (٣٧٨) كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة مصلية أي مشوية فأخذ منها لقمة

بفعل يلو كها ولا يسيعها فقال عليه الصلاة والسلام انها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخى ولو كانت أعز من هذا لم ينفس على بها وسأرضيه بما هو خير منها اذ ارجع فقال عليه الصلاة والسلام أطعموها الانصاري قال محمد رحمه الله يعني المحبسين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوماً بان أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولم أسر بالتصدق به اذ على أنه ملكها وعلى حرمه الانتفاع للغاصب قبل الارضاء (قوله ولان في اباحة الانتفاع دليل معقول) وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله ولهذه الوهبه وتفسيره أن نفاذ ذلك لقيام المالك وذلك لا يستلزم الاباحة كافي الملك الفاسد وقوله (واذا أدى البذل) راجع الى قوله حتى يؤدي بدلها وكلامه واضح وقوله (أو ضمنه الحاكم) يعني اذا كان مال اليتيم وقوله (بخلاف ما تقدم) إشارة الى قوله كن غصب شاة

وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الانصاري أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمه الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء جسم المانة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام المالك كافي الملك الفاسد واذا أدى البذل يباح لان حق المالك صار موفى بالبذل خلصت مبادلة بالرضا وكذا اذا أبرأه سقوط حقه به وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضى الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف يباح الانتفاع فيها قبل أداء الضمان لوجود الاستئصال من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما وأصله مائة درهم

الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيه ما ذكره جواباً عما استشهد به الشافعي من مسئلة تخرج الشاة المغصوبة وملكها وتأريها فإنه على المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والصلح فورد عليه قطعاً أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التارب فلم تحقق المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جواباً عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التريب (قوله وكذا اذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضى الا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهم فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم يحتمل أن يكون للمغصوب منه من كان القاضى ولياله أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضى الا بطلبه اه واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بان كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم (أقول) يرد على الاحتمال الاول أن قول المصنف في التعليل لانه لا يقضى الا بطلبه غير مساعد لذلك لأن من كان القاضى ولياله لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضى له بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان اليتيم صغيراً جذاً وكذا اذا كان الغائب بعيداً غير عالم بالقضية أصلاً ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا اذا أدى بالقضاء بأي ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن أن يجاب عن الاول أن طلب القاضى في حكم طلب من كان القاضى ولياله لكونه نائباً عنه فكان القضاء هناك أيضاً بطلب المغصوب منه حكماً وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان بمجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البذل من الغاصب والمراد بقوله قبل ذلك وكذا اذا أدى بالقضاء أداء البذل بالقضاء فافترقا ولا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو تراضياً على مقدار من الضمان اه (أقول) يرد عليه أيضاً أن قول المصنف فيما قبله واذا أدى البذل يباح يعني عن هذا المعنى لان أداء الغاصب البذل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركاً ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمين المالك أخذ الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء مطلقاً أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبله واذا أدى البذل أداءه برضاه دون مطلق الأداء

وذهبوا وشواها وأوطئها أو حنطة قطعها أو حديداً فاختذها سيقاً وقوله (وأصله ما تقدم) إشارة الى ما ذكر قبل هذا الفصل من تعليل مسئلة ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان

قال (وان غصب فضة أو ذهباً) اذا غصب فضة أو ذهباً فضر بهادراهم أو دنائير أو آنية لم يزل ملك مالكها عندها عند أبي حنيفة رحمه الله فبأخذها ولا شيء للغاصب وقال لا عليكها الغاصب وعليه مثلها لانه أحدث صنعة معتبرة متقومة صراحدا انها حق المالك هالكامن وجهه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تبرأ وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركا و بعد ما ضربه صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغيره ما معني واسمها لانه قبل الضرب كان يسمى تبرأ وفضة وذهباً وبعده دراهم ودنانير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولا يبي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجهه ألا ترى أن الاسم باق والاحكام الاربعة المتعلقة بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً ووجوب ريان الربا ووجوب الزكاة كذلك واذا كان (٣٧٩) كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله

وصلاحيته لرأس المال)

جواب عن قوله والتبر

لا يصلح الخ وتفسيره أن

الصلاحية أمر زائد على

مقتضى الطبيعة يحدث

بالصناعة لأنه هلك العين

بها من وجهه وقوله (وكذا

الصناعة) جواب عن قوله

أحدث صنعة معتبرة متقومة

ومعناه أنها غير متقومة في

جميع الاحوال لانها لا قيمة

لها عند المقابلة بحسنها

وانما تقوم عند المقابلة

بخلاف الجنس كن استهلاك

قلب فضة فعليه قيمته من

الذهب مصوغاً عندنا وذلك

لأننا لو أوجبنا عليه مثل

قيمتها من جنسها أدى الى

الربا ولو أوجبنا مثل وزنها

كان فيه ابطال حق الغصب

منه عن الجودة والصناعة

فلما راعا حق المالك والتحرز

عن الربا قلنا يضمن قيمته من

الذهب مصوغاً وان وجد

صاحبه مكسور افرضي

به لم يكن له فضل ما بين

المكسور والصحيح لانه عاد

قال (وان غصب فضة أو ذهباً فضر بهادراهم أو دنائير أو آنية لم يزل ملك مالكها عندها عند أبي حنيفة فبأخذها ولا شيء للغاصب وقال لا عليكها الغاصب وعليه مثلها) لانه أحدث صنعة معتبرة صريح حق المالك هالكامن وجهه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركا والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باقية من كل وجهه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الاصل الثمنية وكونه موزوناً وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من احكام الصناعة دون العين وكذا الصناعة فيها غير متقومة مطلقاً لانه لا قيمة لها عند المقابلة بحسنها قال (ومن غصب ساجدة فبقي عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعي للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه

والا يلزم استدراكه قوله وكذا اذا أدى بالقضاء وأداؤه برضاء انما يستلزم أخذ الضمان برضاء دون أخذه بغير رضاه فلا استدراكه بقي الكلام في قول صاحب الكفاية أو تراضي على مقدار من الضمان فانه يقتضي الاستدراك اذا التراضي قد كان معتبراً في قول المصنف واذا أدى البديل بياح كما يدل عليه تعليقه هناك بقوله لان حق المالك صار موفى بالبديل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن أن يجاب عنه أيضاً بأن المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان أي على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على أداء كل الضمان فحصل التغير من هذه الحيثية وان دفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن جعل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ جذاً ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلاً وقال تاج الشريعة في تفسير قوله أو ضمنه المالك أي طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان اه واقتنى أثره الشارح العيني (أقول) فيه أيضاً بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل (قوله ومن غصب ساجدة فبقي عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما اذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فظهر لك وجه ذلك ان تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه اه (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجهه ذلك بالتأمل في قوله وجهه آخر لنا فيه لان حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب اليه الشافعي ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهب اليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر الا على عند امكان

اليه عين ماله بقيت الصناعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية واذا كان كذلك كانت الصناعة متقومة من وجهه دون وجهه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجهه (ومن غصب ساجدة) بالحجم وهي الخشبة العظيمة لان الساجدة بالخامسة تأتي بعد هذا (فبقي عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر في الذخيرة أن ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما اذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فظهر لك وجه ذلك ان تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه (وقال الشافعي رحمه الله لا لك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب الخ

قال المصنف (ومن غصب ساجدة) أقول هو أول مسألة خالف فيها الشافعي أصحابنا رحمه الله كذا في يواقيت العلوم للامام الرازي (قوله في قوله وجهه آخر لنا فيه) أقول يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال

(وجه آخر لنا فيه) أي في تعليل (٣٨٠) هذه المسئلة (أن فيما ذهب إليه) الشافعي (أضرار بالغاصب بنقض بنائه

وجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه أضرار بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرب المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر إنما لا ينقض إذا بني في حوالى الساحة أما إذا بني على نفس الساحة ينقض لأنه متعدي فيه

العمل بالضرر الأدنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة وبين العكس إذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأنقل من الضرر المجهور وعلى كل حال فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الأول على كل حال إلا باختيار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وإنما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فأنما هو أقل قيمة حينئذ يكون أخف وأيسر تحملاً وليس فليس * ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قد مرناه فان ما قدمه من جانبنا هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً ولا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساحة كان البناء غالباً على الساحة فيصح أن ذلك أن يقال إن الغاصب أحدث صنعة متقومة صير أحداً منها حق المالك هالكاً من وجهه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكاً من وجهه وأما إذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فأنما تكون الساحة غالبية على البناء فليس كذلك أن يقال أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً من وجهه إذ تصيير المغلوب الغالب هالكاً غير ظاهر تأمل ففهم (قوله وجه آخر لنا فيه) أن فيما ذهب إليه أضرار بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرب المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضي الله تعالى عنه أضرار بالغاصب لأن فيه إبطال حقه وفيما قلنا أضرار بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلافوات وضرب الغاصب ليس بمجهور بشئ فيفوت حقه لا إلى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساحة بالحاء المهمة فبني عليها فإنه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع حرمان الوجه المذكور بعينه هناك أيضاً كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتفاض هذا الوجه المذكور في مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الآتية فتأمل (قوله كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة) قال في العناية فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث أن فيه تلف الناس لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد باختلاف المناطق قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره وجعل حق غيره أولى لأن بإبطاله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانت امتساويتين (ثم قال الكرخي والفقهاء أبو جعفر رجعوا إلى ما لا ينقض إذا بني في حوالى الساحة لأنه غير متعدي البناء وأما إذا بني على الساحة بنقض لأنه متعدي فيه)

(قوله قلنا ثبت في كل واحدة منهما حق المالك وغيره) أقول أي من العلتين أعني التلف وتملك الغصب (قوله وجعل حق غيره أولى الخ) أقول كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما

شخص واحد يباح له نفق بنائه وأخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والحارية فأنها لو كانت للمالك واحداً يباح له نزع الخيط واللوح فلي تأمل

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله فبني عليها (يرد ذلك وهو الاصح) قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساحة قبل البناء عليها اتصل بالاحراق تحت القدرور ولا بواب الدور وغير ذلك وبعده لا تصلح لشي من ذلك الا بالنقض والتغيير يوجب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره) ومن ذبح شاة غيره بغير امره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعد للذبح من الجزر وهو القطع وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم (٣٨١) أن غاصبه يجب أن يستحق أجر

المثل لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لانقصاها حيث أعد للجزر غير مطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك اذا قطع يدهما أي بد الشاة والجزور هذاهو ظاهر الرواية بخلاف ما روى الحسن عن أي حنيفة رضي الله عنهما أن لا يضمه شيأ يعني في ذبح الشاة لان الذبح والصلح في الشاة زيادة على ما مر ووجه الظاهر ما ذكره أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب

وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال (ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا اذا قطع يدهما) هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالحرق الفاحش في الثوب

لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا بالقياس المذكور فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب يرد ذلك أي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي نظرا لان القدوري يروي عن أبي عبد الله الجزجاني عن أبي بكر الرازي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد بمجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بأقامة الدليل أما مجرد الرواية فلا اه كلامه (أقول) نظره ساقط لانه ان أراد أن استناد رواية القدوري في جميع مسائل مختصرة أو في المسئلة التي نحن بصدد هالي الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة على أنه بني على حوالى الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينقض وأما إذا بني على نفس الساحة ينقض بناءؤه لانه تعدى فيه وكان الهنداوي يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهما فجعله عروة مرادة سقط حق ماله والفضة لا يسقط حق مالكها فيها بالصاغة وانما اسقطه بكونه تابعة للمرادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدى فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأنه لاحق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الى هنا لفظ القدوري ولا يذهب عليه أن ما نقله عن القدوري صريح في أن القدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التفسير بأن بني على حوالى الساحة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المسئلة بأن قال فبني عليها لا يستند الى الكرخي بل هو في هذه الرواية مخالف له ومتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان أراد أن استناد رواية القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيأ فان الكلام في مسئلة الساحة وهو في روايته يخالف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور) وهو ما أعد للذبح من الأبل من الجزر وهو القطع يقع على الذكرو الانثى وهي تؤث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت صلاحية الدر والنسل والجزور هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين ههنا فينبغي أن لا يضمن الغاصب النقصان بل استحق أجر المثل من جزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان زيادة لانقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه أخرج حيث ضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختارا أخذ الثوب ليكون صبغ الحرة

قوله قيل لانه تغير الخ) أقول قيل يرد عليه أن هذه الصلاحية باقية في الساحة بمجالها غايته أن البناء عليه ما منع عن ذلك كالبناء على الساحة فانها اتصل للزراعة بمجالها والبناء ما منع كائنص عليه فليتأمل (قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه الخ) أقول لا مجال لهذا التوهم أصلا لان فله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر فالاولى طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بده ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قبل ليس لتقييده
 بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء
 ضمنه نقصانها فدل على أنهم ما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين
 القيمة بلا خيار فيهما يعني في ما كول اللحم وغير مأكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما
 أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول (٣٨٣) وكذلك اذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك
 من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذه مع أرض المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعا به
 بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب للمالك) لأن العين
 قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فللمالك أن
 يضمه جميع قيمته) لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه أحرقه قال رضي الله عنه معناه ترك
 الثوب عليه وان شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باقية
 وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع

زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لأن نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان
 للمالك الخيار لانه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الامنان وتبقيته الى
 زمان ليحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومراج الدابة وأما صاحب العناية خلاصة هذا
 المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل
 لجزارته على المالك لانه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لانقصان حيث أعدل الجزر غيره مطلوب
 منه الدر والنسل وذلك لأن نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون
 له فيه مقصود سواهما من زيادة الاسمان والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك ما كلامه ورد
 عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل
 حيث قال لا محال لهذا التوهم أصلا لأن فعله لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر وقال فالاولى
 طي قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بطله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا (أقول) ان قوله
 لا محال لهذا التوهم أصلا تحكم وقوله لان فعله لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الاجر غير مسلم فانه
 اذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما اذا أخذ ثوب غيره فصبغه أجر بل ضمنه للمالك اذا اختار أخذ
 الثوب كما سيأتي فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لما زاده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل استحق أجر المثل
 بناء على أنه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون
 منشا للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد
 الشراح ههنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك
 أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية قبل ليس لتقييده
 بغير مأكول اللحم فائدة فان حكم ما كوله أيضا كذلك لانه عطف قوله وكذا اذا قطع يدهما على
 قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهم ما في الحكم سواء ومن
 الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار

بين قطع طرف ما كول
 اللحم وغير مأكوله حيث
 قال في الاول انه انلاف
 من وجه وفي الثاني لوجود
 الاستهلاك من كل وجه
 والظاهر من كلامه نفي
 اختيار المالك بين تضمين
 قيمتها وبين امسالة الجثة
 وتضمين نقصانها ويكون
 ذلك اختيارا منه وان كان
 نقل الكتب على خلافه
 فانه ذكر في الذخيرة والغنى
 فقال وفي المنتقى هشام عن
 محمد رحمه الله رجل قطع
 يد حمار أو رجله وكان لما
 بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ
 النقصان (قوله بخلاف
 قطع طرف العبد المملوك)
 متعلق بقوله للمالك أن
 يضمه جميع القيمة وحاصل
 الفرق بين الآدمي وغيره
 أن الآدمي يقطع طرف
 منه لا يصير مستهلكا من
 كل وجه بخلاف الدابة فانها
 بعد ذلك لا ينتفع بها بما
 هو المقصود بهما من الحمل
 والركوب وغير ذلك قال
 (ومن خرق ثوب غيره)
 اختلف الناس في الحد

الفصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش
 وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار في القدوري الى
 أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قبل معناه أن لا يبقى للباقي منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما
 (قوله قبل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول ان
 كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقاني فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهي النظر وان شئت فراجع

قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغالب إذا الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعضه ويبقى بعضه (واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان) يعني من حيث المالمية بسبب فوات الجودة وانما كان ذلك صحيحا دون غيره (لأن محمد رحمه الله جاهل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا) فقال وإذا غصب ثوبا فقطعه قيصا ولم يخطئه فله أن يأخذ ثوبه وضمنه ما نقصه القطع وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه قيمة الثوب ولا شك أن الفاتت به بعض المنافع لانه بعدما قطع قيصا يصلح للقميص وان كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله فاحشا وإذا عرف هذا فمن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كبيرا فللمالك أن يضمنه جميع قيمته

(٣٨٣)

ويترك الثوب عليه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع كان صالحا لا يتخذ القباء والقميص من وبعده لم يبق ذلك فكان مستهلكا من وجه فان شاء أخذ الثوب وضمنه نقصان لانه تعيب من وجه من حيث أن العين باق وكذا بعض المنافع قائم فيميل الى جهة الاستهلاك وضمنه جميع القيمة أو الى جانب البقاء وأخذ العين وضمنه نقصان القطع ووضع المسئلة بلقط الثوب اشارة الى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالكرباس قال (ومن غصب أرضا) كلامه واضح لا يحتاج الى شرح لكن كان القاضي الامام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمد جاهل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفاتت به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بنى قسلا أو أقيم البناء والغرس وردها)

فيها ما يعني في ما كول اللحم وغيره ما كوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفي أن يقول وكذلك إذا كانت غير ما كول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ما كول اللحم وغيره ما كوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه الى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييم بدعيه ما كول اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل أحد من الشارحين بما يشبه القول المذكور سوى صاحب العناية الا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب العناية أيضا فان عين عبارة هكذا هذا الفرق بين ما كول اللحم وغيره ما كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بلا خيار وقدم من قبل هذا اه ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يردها على هاتيك العبارة شي من وجهي نظر صاحب العناية لان مدار ورودها على جعل مراد المصنف على تسوية ما كول اللحم وغيره ما كوله في الحكم وعبارة صاحب العناية تنادي على جعل مراده على الفرق بينهم ما حيث قال هذا الفرق بين ما كول اللحم وغير ما كول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف في خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امسالك الجثة وتضمين نقصانها أو يكون ذلك اختيارا منه وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمعنى فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد جارا ورده له وكان لما بقي قيمة فله أن يعسك ويأخذ النقصان اه كلامه (أقول) لما منع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكور لان ما رواه هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الامسالك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفا من غير ما كول اللحم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا لم يكن لما بعد قطع

أقل من قيمة البناء فلم يله أن يأخذها وان كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في أوثة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان يتطر الى قيمة الدجاجة والأوثة فان كانت قيمة الدجاجة أقل بخير صاحب الأوثة ان شاء أخذ الدجاجة وضمن قيمتها لملكها وان شاء ترك الأوثة وضمن صاحب الدجاجة قيمة الأوثة وكذا اذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلائي وتعذر اخراجه بنظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه ويتملك مال صاحبه ويخبر بعد ذلك في تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكرنا

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر الى صاحبه) أقول أي يؤمر صاحب الآخر بقيمة الأمر بخير والضمير في قوله الى صاحبه راجع الى الآخر

وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صحه في المغرب بتقوين عرق أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الأرض غرسا على وجه الاعتصاب ليستوجب اوصاف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة أي ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله (فتقوم الأرض الخ) يعتبر قيمة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير مثلاً ومع الشجر المستحق قلعه خمسة عشر ضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فيسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا البناء (قوله ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر وقوله (اعتبارا بفصل الساحة) يعني كما أن في فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم تنضج الأرض به فكذلك ههنا لأن في كل منهما شغل ملك الغير بملكه وقوله (لأن التمييز يمكن) يعني بالعصر

(قوله وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صحه في المغرب إلى قوله بل يؤمر بقلعه) أقول ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لأنه معرفة

لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولأن ملك صاحب الأرض باق فان الأرض لم تنصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتقوينها كما إذا شغل طرف غيره بطعامه (فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فالملك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقبولا ولا يكونان له) لأن فيه تظارهما ودفع الضرر عنهما وقوله فتمت مقبولا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه إذا قراره فيه فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فقلته بسمي فصاحب بالخيار أن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمي فيهما) وقال الشافعي في الثوب لصاحبه أن يسكه أو يأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بغيرها لأن التمييز يمكن بخلاف السمي في السويق لأن التمييز متعذر

الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما إذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصيرها للكامن وجهه دون وجهه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غصبا كقول الأعم فقطع الغاصب طرفها لئلا أن يضمنه جميع قيمته أي الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما إذا كان لما بقي قيمة فله أن يسكه أو يأخذ النقصان ونقل ما في المتن من رواية هشام عن محمد بن عيسى (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق) صحه في المغرب بتقوين عرق حيث قال أي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الأرض غرسا على وجه الاعتصاب ليستوجب اوصاف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكر في المغرب شيء وهو أنه قدر المضاف أو لا حيث قال أي لذي عرق ظالم وجعل وصف العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تانفر لأنه إذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له لا لعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذارحم محرم منه عتق عليه أن قوله محرم صفة ذابره للجوار فيتم معنى الكلام على حقيقة أنه فلا يكون للصيرالي التجوز وجهه وعن هذا ذكر الشيخ شري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق بالظلم على سبيل التجوز اللهم إلا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي لذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لأن هناك مضافا محذوفاه مقدر أو قال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لأنه معرفة اه (أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فإن ذا الذي يعني صاحب لا يكون الامضا فلو يكون نكرة ان أضيف إلى نكرة ومعرفة ان أضيف إلى معرفة وعن هذا قال الجوهري في صحاحه وأما الذي يعني صاحب فلا يكون الامضا فإن وصفته بنكرة أضيفته إلى نكرة وان وصفته بمعرفة أضيفته إلى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه إلى مضمر ولا إلى زيد وما أشبهه اه ولا ريب أن المضاف إليه الذي فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لأنه معرفة وكان وهمه ذهب إلى ذي التي هي مؤنث ذات من أسماء الإشارة التي هي من أنواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبرية ولكل صارم نبوة (قوله ولأن ملك صاحب الأرض باق فان الأرض لم تنصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لمؤهم أن يتوهم أن قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها إثبات في وضع المسئلة في الغصب بأن قال ومن غصب أرضا فغرس فيها أو بني فالجواب أن المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي والغصب المتني تحقه في الأرض في أثناء التعليل هو معناه الشرعي على أصل أئمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قد مر

وقوله (ولنا مينا) يعني في مسألة الساجدة بالجسم بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخبرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ يعني ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهما معتذر لجواز وقوع التنافي بينهما وتخير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزي رحمه الله (في أصل (٣٨٥) المسئلة) يعني في قوله ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر واخترز

ولنا مينا أن فيه رعاية الجانبين والخبرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساجدة بني فيها لان النقض له بعد النقض أما الصبغ فيمتلاشي وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ قال أبو عصمة في أصل المسئلة وان شارب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لانه أن لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقبل المراد منه المثل مما به لقيامه مقامه والصفرة كالجرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ببقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالجرة وقد عرف في غيره هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الجرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فاقتراجت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب تزيد فيه الجرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخسة دراهم لان احدي الخستين جبرت بالصبغ

في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل وبحول أن عبارات مشايخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم بتحقيق فيه الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان واليه مال القدروري في قوله واذا غصب عقارا فهل لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا وقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه بأن يقال لما تصور بصورة الغصب سماء غصبا كفي قوله تعالى الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة اه كلامه (أقول) قد مر منا أيضا هناك أنه لم يقل أحد من مشايخنا أن الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف في العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم مقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يختلف عنه عند أحد وانما اعتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على طرف التمام يجمعه على المعنى اللغوي كما قررناه آنفا فلا وجه لنباه عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول بتحقيق الغصب الشرعي في العقار على أنه لو بني عليه لورد السؤال على قول المصنف في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ أن لا يطابق التعليل المعلن وأما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقيق الغصب في العقار بأنه لما كان في صورة الغصب سماء غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرناه من الجمل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما لا يخفى

بهذا القيد عن أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ وان كانت مسألة الانصباغ كذلك لكن وقع من أي عصمة في أصل المسئلة فقدمه بذلك تصححا للنقل (وقد ظهر بما ذكرنا) في مسألة الصبغ والانصباغ (الوجه) يعني جواب المسئلة وتعليلها (في السويق) من حيث الخلط والاختلاط بغير فعل (غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقبل المراد منه (أي من القيمة المثل سماء به) أي سمي المثل بالقيمة (لقيامه مقامه) أي لقيام المثل مقام المغصوب وذ كر الضمير في منه وبه بتأويل ما يقوم (قوله فعن محمد رحمه الله أنه ينظر الخ)

(٤٩ - تكمله سابع) معناه ان نظر الى ثوب تزيد فيه الجرة فان كانت الزيادة خمسة مثليا يأخذ ثوبه وخسة دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخسة بالخسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد رحمه الله

(قوله قال أبو عصمة المروزي) أقول هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمه الله

فصل لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالملك بالخيار ان شاء صبر الى ان توجد وان شاء ضمنه قيمتها فان اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كالمغصب مدبر او غيبه وضمن قيمته فانه لا يملكه بالاتفاق (ولنا الملك البدل وهو القيمة بكامله) يعني يد اورقبة وكل من ملك بدل شي خرج المبدل عن ملكه في مقابله ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك الى ملك والمدبر ليس كذلك وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعديل الشافعي بذلك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فانه قال في الاسرار قال علماؤنا رحمه الله الغصب يفسد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله في المسبوط وهذا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من (٣٨٦) وقت الغصب للغاصب حقيقة وله هذا الاصل له الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان

فصل * ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كافي المدبر ولنا أنه ملك البدل بكامله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قديمه فسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف الفن

فصل لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كاهودأب المصنفين كذا في النهاية وذكره صاحب العناية أيضاً بعبارة أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضمان كما يشعر به هنالك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعاً قوله وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحاً (قوله وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كافي المدبر ولنا أنه ملك البدل بكامله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف وكلامه يشير الى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعديل الشافعي بذلك مناسباً ٥١ وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبتها لاهم منافعها أنه أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب ٥١ (أقول) كيف لاهم مناسبتها لتعليق وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزيف دليل خصمنا مما هم مثالا محالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبة تعليقه لما قلنا لتزيف به دليله فان قيل قد استغنى المصنف عن تزيف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بكامله الخ كما أشار اليه ذلك البعض بقوله غاية أنه أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جواباً آخر عما قاله

إذا تم الملك بذلك السبب
عك الزوائد المتصلة
والمنفصلة ومع هذا في هذه
العبارة بعض الشبهة
فالغصب عدوان محض
والملك لكم مشروع
مرغوب فيه فيكون سببه
مشروعاً مرغوباً فيه ولا
يصلح أن يجعل العدوان
المحض سبباً لانه ترغيب
للناس فيه لتحصيل ما هو
مرغوب لهم به ولا يجوز
إضافة مثله الى الشرع
وقيل فيه نظراً لانه
لا يراد بكون الغصب سبباً
للك عند أداء الضمان أنه
يوجب مطلقاً بطريق
الاستناد والثابت به ثابت
من وجه دون وجه فلا
يظهر أثره في ثبوت الزيادة
المنفصلة وقوله (نعم قد
يفسخ التدبير بالقضاء)

جواب عما يقال لانه لم أن المدبر لا يقبل النقل فان مولاه ولو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ الشافعي التدبير وتقريره القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه فيثبت كان البيع مصادفاً للفن لا التدبير فيجوز بيعه لمصادفته الفن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم يفسخ التدبير والكلام فيه

فصل (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر تبديل الكيفية بالبيان (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فانه لا يملكه بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لان الغصب لا يصلح أن يكون سبب الملك وعندنا لان المدبر لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله واللام يمكن تعديل الشافعي بذلك مناسباً) أقول فيه بحث فان عدم مناسبتها لاهم منافعها أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف يملكه مستنداً كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع عيئه) اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيه اقول الغاصب مع عيئه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك (لانه أثبتته بالحجة الملزمة) فان عجز عن إقامة البينة وطلب عين الغاصب والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بئنته بل يحلف على دعواه لان بئنته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمه الله ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالمدعى اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي الامام أبو علي التستري رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المدعى ليس عليه الا اليمين وإقامة البينة أسقطها وارفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وإقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة وكان المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة بحبس المدعى عليه حتى يجي به او يردها على صاحبها قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفها وقيمتها وانما كان ذلك أصح لأجل الضرورة فان الغاصب يتمتع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يأتي من الشهود ومعاينة فعل الغصب ودون العلم بأوصاف (٣٨٧) المغصوب فسقط اعتبار علمهم

بالاوصاف لأجل التعذر وثبت بشهادتهم فعمل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كنبوته بإقراره فيحبس حتى يجي به وعلى هذا الاحتجاج الى تأويل أبي بكر الأعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك المدعى في المغصوب واقتضاء بالجهول غير ممكن (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن) فأما

قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع عيئه) لان المالك يدعى الزيادة وهو يشكر والقول قول المنكر مع عيئه (الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) لانه أثبتته بالحجة الملزمة قال (فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينة أقامها أو بتكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب) لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال (فان كان ضمنه بقول الغاصب مع عيئه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لقوات الرضا الشافعي ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو وعد وان محض سبب الملك كما ذكره الشافعي في تعليقه فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما تزل منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عندنا مكان التشبیه بمثل ما ذكره المصنف عما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي أبو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان أو التراضي عليه (قوله الا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك) فان عجز المالك عن إقامة البينة وطلب عين الغاصب

أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا فان كان الاول كالوضمنه بقول المالك أو ببينة أقامها المالك أو بتكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كالوضمنه بقول الغاصب مع عيئه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة فان قبل أخذه القيمة وان كانت ناقصة يدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى وأجاب بقوله (وأخذه دونها) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره (ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير) يعني ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع عيئه (فكذلك الجواب) أي فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض (في ظاهر الرواية) وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له في استرداده لانه توفر عليه بدل ملكه بكاله (وهو) أي ظاهر الرواية (الاصح) لانه لم يتم رضاه بزوال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار

(قوله فلا يكون في معنى المدعى) أقول ينظر فان الغاصب مدعى صورة ومن هذه الجهة قبلت بينة المدعى وبينه مدعى الثمن الناقص اذا اختلفا في ثمن السلعة كما مر في الدعوى (قوله حيث لم يذكره وهو الاصح) أقول فيه تأمل

قال (ومن غصب عبد أباعه الخ) ومن غصب عبد أباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لشبوهته مستندا أو ضرورة اجتماع البذل والمبدل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد (٣٨٨) على ما ذكره الناقص يكتفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كملك المكاتب

فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب فإن فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الأصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة ونحوها) كالسمن والجمل ونحوه البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدي أو بالوجود عند طلب المالك) والأ كساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من غنائه في شيء حتى تضمن بالتعدي لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا بدلها) وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة بناء على أن أحد الغصب عنده أثبات البذل على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالطبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضمونا عليه لوجود سبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن

قال (ومن غصب عبد أباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لشبوهته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد والناقص يكتفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونحوها وغرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدي فيها أو يطلبها مالكمها فيمنعها إياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو أثبات البذل على مال الغير بغير رضاه كافي للطبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب أثبات البذل على مال الغير على وجه يزيل بدم المالك على ما ذكرنا وبدم المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كاللودع إذا ادعى رد اللودعة فإن القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أو على النسي في يقول هذا المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة اللودعة وهو الصحيح لأن اللودع ليس عليه إلا اليمين وبأقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وبأقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى اللودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكرنا من وجه الفرق نظر فانه انما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كاللودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على اللودع إلا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة اللودعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كافي في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك عن إقامة البينة على ألا كراغما هو الأ قل الذي كان معتقابه وليس مقصوده من إقامة البينة عليه إلا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى اللودع من جهة الاتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولنا أن الغصب أثبات البذل على مال الغير على وجه يزيل بدم المالك على ما ذكرنا وبدم المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن البذل كانت ثابتة عليه وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فقبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الاسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل بعد عيب في الأمة فلم يصدق عليه أثبات البذل على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) في الجواب بحث لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لم يصح اعتاقه وتدبيره إذا تظاهر أن محل الاعتاق والتدبير لا يكون إلا مالا لم يولد كالأمة لا يولد كالأمة لأنه أنه يصح اعتاقه وتدبيره فيسلم أن يكون مالا ولئن سلم أن محل الاعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكتفي أن يكون ملكا وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا فالجواب المذكور لا يصلح عبارة الكتاب لأن الحاصل منه أن وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا لأن بدم المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب وبدم المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول

هناك منع من المخرج (ولنا أن الغصب أثبات البذل على مال الغير على وجه يزيل بدم المالك على ما ذكرنا) في أول ما إذا كتاب الغصب وأثبات البذل على ذلك الوجه ليس بوجود فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب (قوله دون الاعتاق بالنص) أقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأمر مرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل يعد عيبا في الأمه فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا إزالة ثم ظاهرا إذا ظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه أو كله أو باعه وسلمه وانما ذكر التسليم لأن التعدى لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعده فان تقويت يده يحصل به لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالجارية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة يفها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يد المأخوذ او المأخوذ لا يمنع الولد يضمن به الولد ولم يزل يد في حق الولد ويضمن (٣٨٩) الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثم ازالة

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذا تظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه أو كله أو باعه وسلمه وفي الطيبة المخرجة لا يضمن ولها اذا اذاهلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان جنائية

ما اذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في الاسرار فلم يتدفع ورود الامتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذا تظاهر عدم المنع) أقول هذه العناية فيما اذا غصب الجارية غير حامل فثبت في يد الغاصب وأما فيما اذا غصبها حاملا فلا لأن الولد في هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب فكان ازالة يد المالك عن أمه مستلزما لا زالتما عنه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازالته عن أجزاءه فلا يتصور اذ ذلك أن يقال ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بأن يقال اذا تظاهر عدم المنع لان منع الكل بازالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن افادة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بأن الأم مضمونة البتة والاصاف القارة في الامهات تسرى الى الاولاد كالجارية والرق والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا اه كلامه وقد سبقه الى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحب النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب نظر لان الضمان مصدر للفعل المتعدى يقال ضمانه ضمانا وتلحق هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفه وتعلق بالفعول وبه وبهذا الاعتبار يصير وصفه أيضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح في فصل ألفاظ العام وحققه حيث قال ان الفعل المتعدى يحتاج الى المفعول به في التعقل والوجود جميعا

بدأ حد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان القصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبيا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت لكل شخص منه بشخص من العلة بما يكون تعديا (قوله وفي الطيبة المخرجة من الحرم) جواب عن قوله كافي الطيبة المخرجة من الحرم ووجه ذلك أن القياس غير صحيح لانه ان قاس عليها قبل التمكن من الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم المنع وان قاس عليها بعد التمكن منه فكذلك لان الضمان فيه

باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الأم مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (واذا أطلق) يعني لو قيل يوجب الضمان في ولد الطيبة سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان جنائية) أي اتلاف لان صيد الحرم وزوائده كان أمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا

(قوله سلمنا ذلك لكن لا إزالة ثم ظاهرا) أقول فيه بحث فان ازالة عن الكل ازالة عن الجزء (قوله فان تقويت يده يحصل به) أقول فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى يقوت قلنا فرق بين التقويت والازالة فالاول لا يقتضي الثبوت (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب) أقول فيه تأمل (قوله والمأخوذ اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولد المأخوذ حر بالقيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا) أقول فيه تأمل اذ حينئذ لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء الضمان كافي مستلثنا مع أن المستلثين الأولين دللتا على أن مجرد اثبات اليد كاف في الضمان (قوله فيضمن لذلك بمجرد الوقوع) أقول الاولى أن يقول بشكر الضمان بدلالة ما قبله وما بعده

(واهذا يتكرر) الجزاء (بتكررهذه الجناية) فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاءه آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوبه بالارسال بتكررهذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلا ينبغي بعماهو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى) قال (وما نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية (٣٩٠) بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب فلو غصبها فولدت عنده مات

الولد فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كالفات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جارة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجبر النقصان بالولادة لان الولد ملكه فلا يصلح جارا للملكه كما في ولد الطيبة الخسيرة من الحرم اذا نقصت قيمتها وقيمة ولدها تساوى ذلك النقصان فانه لا يجبر به بل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو مات الأم وقيمة الولد وفاءه وكما اذا جز صوف شاة غيره فثبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فثبت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فانه لا يجبر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا مانع من الجزاء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلا ينبغي بعماهو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأخرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاءه انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولادة لان الولد ملكه فلا يصلح جارا للملكه كما في ولد الطيبة وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو مات الأم والولد وفاءه وصار كما اذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم

والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصفه وقال ولا امتناع في قيام الاضافات بالمضافين ورده قبول صاحب الكشف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لا امتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضمان يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هو لا الشراح فان وصف به المال كان مجازا بمنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زينة بها وذلك كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يذل المالك بل أزال يد الغاصب وكللت فقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يذل والمغزو اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يذل في حق الولد يضمن الاموال بالاتلاف تسببا تحقرا للثمن غير الملك وليس منه ازالة بدأ أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطرد لا محالة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا ثبت كل شخص منه شخص من العلة مما يكون تعدد بالى هنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتمام لانه انما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقيق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لان حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد الغصب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا بد دفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كالا يخفى على الفطن فالاولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكررهذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يوجب ضمان آخر كذا وجد بخط شيخى ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكررهذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لانه أو فو قر واية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك اتصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا

وصل

والقوائم بالقوائم ولا مانع من الجزاء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة فيه

(قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمان (قوله فعليه رد الجارية ورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد متعلق بقوله لا يجبر

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمنا

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة عندهما والعلق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يجيىء وعند ذلك لا يعد النقصان نقصانا لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن نقصان كالمبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع أذخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن ماله المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل يبيع شئ بمثل قيمته ففضى القاضى به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات

وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقفى أثرهما كثر الشراح في تجويز المعنيين المذكورين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرار هذه الجناية فانه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرار هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم اه كلامه (أقول) لا جواز عندى للمعنى الثاني ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الاول كما زعم صاحب النهاية فان قول المصنف يتكرر بتكرارها متفرع على قوله فهو ضمان جنابة كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله بتكرار بتكرارها على المعنى الثاني لان تكرار وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم لا يكون أمانة على كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابته لا ضمان غصب فان تكرار وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابة وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المبسوط في المناسك أو فقه لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك اتصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شئ ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا اه تدبر توقف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلق على ما عرف) ذهب جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدرارية الى أن قول المصنف على ما عرف اشارة الى ما يجيىء في مسألة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غايه البيان الى أنه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكر الاول أيضا بطريق النقل حيث قال يعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجيىء اه (أقول) لا مجال عندى للحمل على الاول أصلا لان المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وما يجيىء في مسألة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لا حدهما لا يصلح أن يكون سببا لآخر أيضا البتة حتى يصح حواله معرفة أحدهما على معرفة الآخر ألا ترى الى قول المصنف فيما ساقى وتخريج التائمية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذا لاقضى اليه غالبا اه فان ذلك صريح في أن الولادة لا تكون سببا لموت الام و يعلم منه دلالة أن العلق أيضا لا يكون سببا لان افضاء الى الموت أبعد من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بأن سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلق ثم ان المعروف في الحواله على ما يجيىء أن يقال على ما يجيىء أو على ما سيعرف بصيغة المضارع وأما أن يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمنا) لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن نقصان كالمبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن ماله المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل يبيع شئ بمثل قيمته ففضى القاضى به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب الخصم عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون حاربا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله وأجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يجز الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع هذا

وصار كما اذا غصب جارية سميئة ثم هزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأدام مع العبد
يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الظبية ممنوع) جواب عن قولهما وتقريره لانسلم أن نقصان
الظبية بالولادة لا يغير قيمة الولد وكذا لانسلم أن الأم اذا ماتت لا يغير قيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية
وأما تخريجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وهما ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم
اذلا تقضى اليه غالبا وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على
ذلك من قيمة الأم لان الولادة لا توجب الموت فالتقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كره العين ولورد عين الجارية كان النقصان
مجبورا بالولد فكذا اذا رد قيمتها (و بخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد وجهه أن كلامنا فيما اذا رد الأم
بنقصان الولادة هل يغير النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف يغير النقصان به والخصاء لا يعذر زيادة لانه غرض بعض الفسقة فلم
يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بعمل التزاع فان قيل
المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو على حاله
أجيب بأن المصنف رحمه الله (٣٩٣) أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا ولذا لم يكن نقصانا لم يخرج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في

وصار كما اذا غصب جارية سميئة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثبتت أو قطعت يد المغصوب في يده
وأخذ أرشها وأدام مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الأم
وتخرج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم اذا الولادة لا تقضى اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد
قبل الرد لانه لا بد من رد أصله البراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعذر زيادة لانه غرض بعض
الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجرح وسبب الزيادة
النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سبب الفهم قال (ومن غصب جارية فزني بها قبلت ثم ردها وماتت
في نفاسها يضمن قيمتها يوم علق ولا ضمان عليه في الحررة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن في الأمة
أيضا) له ما أن الرد قد صح

العبارة فان قيل لو كان الولد
خلفا وبدا عن النقصان لما
بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه
بضمن الغاصب لئلا
يجتمع البس لآن في ملك
واحد أجيب بأنه ملك
المولى لا بحالة ومن حيث
الملك ليس يبدل بل هو
بدل من حيث الذات فاذا
ارتفع النقصان بطلت
الظبية وبقي في ملك المولى
فان قيل الولد عنده أمانة
فكيف يكون خلفا عن
المضمون فالجواب ما أشار
اليه المصنف رحمه الله من
عدم عدده نقسانا لانضمينه
وهذا الجواب صالح للدفع
عن السؤال الثاني أيضا قلنا

زبد ما في النهاية والعناية (أقول) الجواب منظوريه فان النقصان أمر محقق لا مجال لانكار وقوعه اذ
وضع مسئلنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجهه لأن لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصا فاسوى
انحياز ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح قاطبة في شرح قول المصنف وعند
ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد
وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان إطلاق الجابر عليه توسع ولم يوجد الخبر حقيقة لم يظهر وجهه لأن
يعد نقصان المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وأن لا يعد نقصانه
الواقع في يد الغاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يزعم أن يكون ذلك تحكما بحنا وحاشا
لاعتنان ذلك فليتلأمل (قوله وصار كما اذا غصب جارية سميئة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتهما ثبتت)

در المصنف ما أطفه ذهنا جزاء الله عن المحصلين خيرا قال (ومن غصب جارية فزني بها) قال في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردّها فتجبل فتتوفى في نفاسها قال هو ضمان لقيمتها يوم علق وليس عليه
في الحررة ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ضمان عليه في الأمة أيضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردّها وتابعه المصنف في قوله
ثم يردّها فتجبل بتقديم الرد على الحمل ووقع في عامة النسخ بتقديم الحمل على الرديان أن الحمل كان موجودا وقت الرد فالرد قد صح
لانه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لانسلم حكمته حيث علمت بسبب كان عنده

قال المصنف (أوسقطت ثنيتهما ثبتت) أقول قال الزيلعي أو قلها الغاصب فثبتت مكانها أخرى فردّها سقط ضمانه عنه اه
وفيه أن السبب ليس بمحدد والفرق أن الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد
نقصانا الخ) أقول ويجوز أن يجاب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من مولاه وعكسه كاسبق وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري
ماله بماله وقد مر تفصيله في باب المراجعة والتولية فراجع (قوله لما بقي ملكا للمولى عند ارتفاعه) أقول فيه بحث (قوله بضمن
الغاصب) أقول أي على مذهب زفر والشافعي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث

أجاب بقوله (والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) لا يسبب كان عند الغاصب والهلاك بذلك لا يوجب الضمان على الغاصب. كما اذا جرت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أوزنت في يد الغاصب فردها فخلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية قد خلعت عند البائع ولم يعلم المشتري بالخلع (فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن) فلا يضمن الغاصب قيمتها لكن يضمن نقصان الخيل (ولا يحنيفة رجه الله ان الرد لم يكن صحيحا لان الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذ ولم يوجدها فانه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك) فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت به في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ فانه يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة) اذا زني بها رجل مكرهه فخلت وماتت في نفاسها (لانها لا تضمن بالغصب) ولهذا لو هلكت عنده لا يضمن فلا يبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد بكونها حبل (قوله وفي فصل الشراء) جواب عن قولها ما كن اشترى جارية قد خلعت عند البائع بطريق الفرق وهو أن في فصل الشراء الواجب (٣٩٣) على البائع ابتداء التسليم أي تسليم

المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا بعدم التسليم (وما ذكرناه) من وجوب الرد على الوجه الذي أخذه عليه (شروط لصحة الرد) ولم يوجب رد فكان تمثيل ما لم يوجب بشرطه على ما وجد بشرطه وهو تمثيل فاسد قيل وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذا لا وصف لا تدخل في الشراء ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده وأما الغصب فالوصاف داخل فيه ولهذا الوغصب جارية تميمية فخرت في يد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف فيه كان الرد بدونها

والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا جرت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أوزنت في يده ثم ردها فخلدت فهلكت منه ولكن اشترى جارية قد خلعت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم يوجب رد على الوجه الذي أخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جنابة فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجنابة خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد

(أقول) لقائل أن يقول لا اتحاد في السبب في هاتين الصورتين إذ لا شك أن سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الأولى وسقوط النية في الصورة الثانية يتغير بسبب الزيادة وهي السمن في الأولى ونبت النية في الثانية وقد رد المصنف فيما بعد قياس الخصم على نحو جزء صوف شاة وقطع قوائم شجرة بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف تثبت ههنا بالقياس على تلك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيها أيضا ثم أقول في الجواب أن الفرق باتحاد السبب وعدم اتحادهما إنما يؤثر في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم إذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحادهما إذ يمكن عند اتحادهما أن لا يعد النقصان نقصانا كما ذكره بخلاف عدم اتحادهما إذ لا وجه عنده أصلا لأن لا يعد النقصان نقصانا ولا يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعى أناته إذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب مع عدم جواز أن لا يعد النقصان هناك نقصانا فلا ينسقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز أن لا يعد النقصان هنا نقصانا أولى كالأختي فقدر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم أسبق إلى كشفه وبيانه وقال بعض الفضلاء والفرق أن النية لقيمة لها بخلاف القوائم والصوف هـ (أقول) ليس هذا بشيء لأن النية وإن لم يكن لها قيمة إلا أن سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب والكلام في نقصان الجارية المغصوبة فلا يقدح ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه (قوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة) أقول يرد عليه في الظاهر أنه جعل الولادة ههنا

(٥٠ - تكمله سابق) ردا فاسدا وأما اذا جرت في يد الغاصب فلان سبب الموت ما به من الحي والضعف وقت الموت ويحتمل أن يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب أو حدثت في يد المالك أو هر كبة منه ما فلا يضاف إلى سبب قائم في يد الغاصب بالشك قال المصنف (وردت وفيها ذلك) أقول لا يخفى عليك مخالفة هذا الكلام لما سبق أنقاه من وجه الرواية الظاهرة من الامام أن الولادة ليست بسبب موت الام فتأمل في دفعها قال المصنف (وفي فصل الشراء الواجب الخ) أقول قال الزبائني وفي فصل الحي الموت يحصل بزوال القوى وأنه يزول بتراصف الاكام فلم يكن الموت حاصل بسبب وجدي في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة انتهى وفيه تأمل (قوله أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد الخ) أقول يشترط فيه أيضا تسليمه بوصف السلامة (قوله اذا الاوصاف لا تدخل في الشراء) أقول فيه بحث فانه يرجع عليه بنقصان العيب (قوله من الحي والضعف) أقول أي ضعف الطبيعة عن دفع آثار الحي المتوالية (قوله ويحتمل أن يكون سببه الخ) أقول فيه بحث

(قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أوزنت في يده الخ وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المؤلم لا الجراح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ماوجب في يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان نقص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال ويرجماسي الاول غصبا والثاني اتلافاً في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها انك كما قال أبو حنيفة رحمه الله (لشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متقومة) لكونها ما غير الأذى خلق له صلة الأذى ويجري فيه النسخ والضئنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالأجماع (فكذلك بالغصوب) لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوماً كالأول ورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في مكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (اذهي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرأض لا تبقى) ومحدث في مكان الرجل فهو في ملكه مدفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد الادفع له حاجته الى اقامة التكاليف (٣٩٤) فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا

سدونها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك ولأنه لا بقاء لها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان الممانلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان واعترض بما اذا تلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدرهم التي تبقى فدل على أن الممانلة من حيث القناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصى للقيم ما يحتاج اليه بدرهم التيسيم فانه جائز لا محالة ولو كان ماذ كرم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال التيسيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأوجب عن الاول بأن الممانلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق

والزنا سبب جلد مؤلم لا جراح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا بالنقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها وقال مالك ان سكنها يجب أجر المثل وان عطلها انشئ عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذلك بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذهي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرأض لا تبقى فيملكها مدفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها

سبب الهلاك وقد صرح فيما مر بأنها ليست بسبب الموت حيث قال وتخرىج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تنفض اليه غالباً فكان بين الكلامين تدافع فليتامل في التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه اذهي لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرأض لا تبقى فيملكها مدفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كافي استئجار الدور والارض والدواب ونحوها لأن الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بمقابلة ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم أر أحداً حارم حول جواب هذا الاشكال مع ظهور روده الاصحاب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسألة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكن من جهة المالك لان المالك يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكنه كان ذلك طريقاً للوصول الى استيفاء المنافع فأعطى لمأهوا وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون مخلصا ههنا لأنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكرنا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة عليك المنافع بعوض وقولهم والقياس يأبي جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وتنفق الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والمالك

لا يبين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبيع الى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بالدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيباً في التصرفات

(قوله لانها أعرأض لا تبقى) أقول وان بقيت لا تضمن أيضاً لانها تدمع أصلها (قوله وما حدث في مكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول الكبرى محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول ويعضده أن الاجسام متمثلة لتركها من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدرهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدرهم أيضاً فلا يصلح ما ذكره للتنوير (قوله هو ما لا يعد عيباً في التصرفات) أقول ولا يقتضي الممانلة بخلاف ضمان العدوان فانه يمتنع على الممانلة بالنص

في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدائها وهو الاجرة وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العدة اليه ليرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة بمقابلة المنافع ولعل تأويل كلامهم غير متعذر تأمل تقف ثم أقول الاولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقرر في أول كتاب الاجارات أن القياس يأبي جوازها الا أنها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها وأن جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدوام مثلاً مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول فيجوز في الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فانه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولا تمائل الاعيان لسرعة فوائدها وبقاء الاعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع الغصب لا تضمن بالاعيان لعدم المائلة بينهما ولا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المائلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرر عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد الى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال واثن سلطنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل به أحد أو بالاعيان وهو باطل أيضا لانها لا تمائل الاعيان لان المنافع أعراض لا تبقى وتبين والعين تبقى أوقانا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمن العدوان مبنى على المائلة بالنص والاجماع ويرشد اليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخجلوا ما أن تكون مضمونة بأمثالها من المنافع أو بغيرها من الاعيان كالدرهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالاعيان لعدم المائلة والمائلة شرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما اذا أنلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدرهم التي تبقى فدل على أن المائلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدرهم اليتيم فانه جائز للمحالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأجيب عن الوجه الاول بأن المائلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدرهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه (أقول) فيما ذكره في كل من الجوابين شيء أما في الاول فلا تنويره بقوله ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بهج لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لأن العقد والرضا تأثيرا في تجوز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بألف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا ألا يرى أن التفاوت بين

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الآن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه ببعض أجزاء العين

العين

جوهري وعرض يجوز أيضا بالعقد كما إذا استأجر منقعة دار من لا بدراهم معينة مع أن المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهري وعرض كما صرح به وأما في الثاني فلا يجوز شراء الثياب بدراهم اليتيم للصبي لا يدل على جواز استئجار الوصي لليتيم ما يحتاج إليه بدراهمه لأن التفاوت في الأول بين جوهري وجوهري وفي تفاوت غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهري وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهري وعرض يمنع المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهري وجوهري فلم يجوز أن يكون الأمر في تصرف الوصي في مال اليتيم أيضا كذلك فمن أين نثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للصبي على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو محجور مالا بعد عيبا في التصرفات نعم يجوز أن يكون المراد بالقربان الأحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلى الأبالي هي أحسن ذلك المعنى لكنه إنما يعرف بدليل آخر لا يجازي كمن جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للصبي (قوله وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف) قال صاحب العناية في تفسيره هذه المآخذ أي العلل التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولا بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً بقوله أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً بقوله لأنها لا تتماثل الأعيان الخ اه (أقول) فيه نوع خلل لأنه قال أو ما ذكره بكلمة أو وهي لاحد الأمرين ولا شك أن العلل التي كانت مناط الحكم ههنا وأشار إليه المصنف بهذه المآخذ هي ما ذكره أولا وثانياً وثالثاً بأقواله المزبورة لأمر آخر فكيف يصح العطف بكلمة أو وقال صاحب العناية ههنا أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم وأراد بالمآخذ ما ذكره أولا بقوله أنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً أنها لا تتماثل الأعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص اه أقول بر دعلي ظاهرة أن العلل التي هي مناط الحكم ههنا هي ما ذكره المصنف أولاً وثانياً وثالثاً بتأويله كما عرفت أنفاً فاعني قول هذا الشارح أراد بالمآخذ هذا وأراد بهذا والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بأن يكون مقصوده بقوله أراد بالمآخذ العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المآخذ ههنا بقوله وأراد بالمآخذ ما ذكره الخ تفسير ما صدق عليه المآخذ ههنا وتعيينه فكأنه قال أراد بمعنى المآخذ ههنا هذا وأراد بما صدق عليه المآخذ ههنا ذلك والتغاير بين المفهوم وما صدق عليه ظاهرة فيصيح العطف لأنه لو قال في الثاني وأراد بهذا المآخذ ما ذكره الخ لكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق عليه المآخذ كما لا يخفى على الفطن * ثم أقول بقي في هذا المقام بحث قوى وهو أنه قد صرح في معبرات الفتاوى بأن منافع الغصب مضمونة عندنا أيضاً في الوقف ومال اليتيم وما كان معدلاً جارية مع أن العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية بعينها في تلك الصور أيضاً (فان قلت) العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمنان المنافع في تلك الصور موجب الاستحسان نظر الوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان (قلت) ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم إمكان تضمين المنافع بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وبناءً ضمان العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فاجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جداً

(وقد عرفت هذه المآخذ)
أي العلل التي هي مناط الحكم أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وثانياً بقوله أنها لا يتحقق غصبها وتلافها وثالثاً بقوله لأنها لا تتماثل الأعيان إلى آخره (في المختلف) يعني في مختلف أبي البت وقوله (ولا نسلم أنها متقومة) جواب عن قوله المنافع أموال متقومة وتقريره أننا لا نسلم أنها متقومة في ذاتها لأن التقوم لا يسبق الوجود والأمر في ذلك فيما لا يبقى غير متصور بل يقوم لضرورة دفع الحاجة (عند ورود العقد) عليها بالتراضي ولا عقدي المتنازع فيه (الآن) أي لكن (ما ينقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه ببعض أجزاء العين) والله أعلم (قوله أو ما ذكره أولاً بقوله لأنها حصلت الخ) أقول فيه بحث

فصل في غصب ما لا يتقوم لما فرغ من بيان ماهو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقيق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المَغصوب منه بتقومه أو بتغيره في نفسه إلى التقوم (قال وإن أنلف المسلم خراج الذي أو خنز بره الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم خراج المسلم واتلاف الذي خراج الذي واتلاف المسلم خراج الذي ولا ضمان على التلف في الاوئين بالاجماع وأما في الاخرين فعليه الضمان (٣٩٧) عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى

هذا الخلاف اذا باعها

الذي من الذي جاز البيع عندنا خلافا له قال (سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام)

قال صلى الله عليه وسلم اذا

قبلا وعقد الفضة فأعلمهم

أن لهم مال المسلمين وعليهم

مال المسلمين وأذا سقط

تقومها فلا يجب باتلافها

مال متقوم وهو الضمان

أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم

باق في حقهم اذا تجرلهم

كانل لنا والخز برعندهم

كالشاة عندنا) دل على ذلك

قول عمر رضي الله عنه حين

سأل عماله ماذا تصنعون

بما يربو أهل الذمة من

الخزوق فقالوا نعشرها قال

لا تصعلوا ولو هم يبيعها

وخذوا العشر من أثمانها فقد

جعلها مالا يتقوم في حقهم

حيث جوز بيعها وأمر

بأخذ العشر من ثمنها ولم

يفعل ذلك الا لتدبيرهم بذلك

فصل في غصب مالا

يتقوم قال المصنف

(واذا أنلف المسلم خراج

الذي أو خنز بره ضمن)

أقول في شرح الكافي لمصدر

فصل في غصب ما لا يتقوم قال (واذا أنلف المسلم خراج الذي أو خنز بره ضمن قيمته ما كان أنلفه ما لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمن ما للذي أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أنلفه ما ذى على ذى أو باعها الذي من الذي له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا تجرلهم كانل لنا والخز بر لهم كالشاة لنا

فصل في غصب ما لا يتقوم قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو

الاصل لان الغصب بحده الذي ذكرناه انما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار

عرضية أن يصير متقوما إما باعتبار ديانة المَغصوب منه بأنه متقوم أو بتغيره في نفسه إلى التقوم اه

كلامه وقد اقتنى أثره صاحب العناية (أقول) لا يذهب عليك أنه لا حاجة هنا إلى المصير إلى اعتبار

عرضية أن يصير مالا يتقوم متقوما بأحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان

المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ففي مالا ضمان

فيه كاتلاف خراج المسلم وخنز بره لا وجه له لا اعتبار عرضية أن يصير متقوما باعتبار ما أصلا

فان اعتبار عرضية أن يصير متقوما مما لا تأثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل له

نوع أباه عنه ولعل بعض الشراح تنبه لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوما منهم الشارح

الكافي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم

اه ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب

ما لا يتقوم بالخز والخز بر في حق المسلم هل يجب به الضمان أم لا اه (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم

اذا تجرلهم كانل لنا والخز بر لهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم

اتباع لنا في الاحكام ونمسك بقوله عليه الصلاة والسلام اذا قبلا وعقد الذمة فأعلمهم أن لهم مال المسلمين

وعليهم ما على المسلمين كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم

في مقابلة ذلك الحديث الدال على كونهم أتباع لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على

ما عرف في علم الاصول (فان قلت) نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا

فدلل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعائنا ههنا

(قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديارات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم

العموم للمعاملات أيضا فيتحقق التعارض بين النصين فنأين يثبت الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم

الاصول انه لا خلاف في أن الكفار مخاطبون بالايان والعقوبات والمعاملات والعبادات أيضا في حق

المؤاخذة في الآخرة وأما في حق وجوب الاداء في الدنيا فختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي

أن يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقويم الخراج والخز بر أيضا * ثم أقول يمكن الجواب عن كل

واحد منهما أمامنا الأول فبان يقال ما نحن فيه مخصص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم

الاسلام لو أنلف مسلم على ذى خنز بره على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاتقاني وهذا خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه فلتخصر الكرخي ولكنه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبيل باب نكاح الرقيق فراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أنلفه ما ذى على ذى) أقول ولقد أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذي بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لا تفعلوا ما تقول قول

ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام وإذا بقي التقوم فقد وجد
تلاف مال مملوك متقوم فيضمنه

أتباع الناس في الأحكام فإن عررضي الله عنه حين سأل عما إذا تصنعون بما عير به أهل الذمة من الخمر
فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولو هم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم
حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من عنها ولم ينكره أحد في محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح
وأما عن الثاني فبأن يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضا
وأما فيما لا يتعمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقومة
في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعةتنا والاصل أن ما ثبت يتي إلى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله
تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وحذوا في حقنا دليل السباق والسباق فبق في حق من لم يدخل
تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضا
وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال فحق في ذلك أن الخمر والخنزير كانا
حلالين في الأمم الماضية وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصة في حق
المسلمين فكانا حراما عليهم وبقي أحلالا على الكفار كسكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد
التحريم خاصة في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار فكذا ههنا لا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين
في سورة المائدة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والآنصاب والآلزام رجس من عمل
الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والمؤمن هو الذي يعلم إذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم
الميتة والدم ولحم الخنزير إلى هنا لفظ غاية البيان ثم إن التحقيق الذي لا محيد عنه ههنا ما ذكره صاحب
البدائع حيث قال وأما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق
أهل الذمة وكذا الخنزير فأنخر في حقهم كالحل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الإباحة
شرا فأن كان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهما مما منفع
به حقيقة صالح لأقامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الاطلاق الآن الحرمة في حق المسلم
ثبتت نصا غير معقول المعنى أو معقولا المعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله
تعالى انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن
الصلاة لأن الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانهما سبب المنازعة والمنازعة سبب
الهلاك وهذا واجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا إن الحرمة ثابتة في حقهم
كأهي ثابتة في حق المسلمين لأن الكفار مخاطبون بشرايع هي حرمت عندنا وهو الصحيح من الأقوال على
ما عرف في أصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالا متقوما
في الحال فهي معرضة أن تصبح مالا متقوما في الثاني بالتحلل والتحليل وجوب ضمان الغصب والاتلاف
يعتمد كون الحل المقصوب والمثل مالا متقوما في الجملة ولا يوقف على ذلك الحال لا يرى أن المهر والخش
ومالا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع
عن شرب الخمر وأكل الخنزير حسا لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال أمرنا أن نتركهم وما يدينون
ومثله لا يكذب وقد افوا شرب الخمر وأكل الخنزير فلهذا نترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب
والاتلاف يقضي إلى التعرض لأن السفيه إذا علم أنه إذا غصب أو أثلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على
ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بأن
نتركهم وما يدينون) أقول لقائل أن يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الأمور كحادثات البيعة
والكنيسة وكر كواب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما صرح في كتاب السير والجواب أن

(ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون) يعني لا نجادلهم
على الترك (والسيف
موضوع) يعني لا يجبرون
على الترك بالإلزام بالسيف
لعمدة الذمة وحينئذ تعذر
الإلزام على ترك التسدين
فبقي التقوم في حقهم وإذا
بقي فقد وجد تلاف مال
مملوك متقوم وذلك يوجب
الضمان بالنص فيضمنه
وفوقض بما إذا مات المجوس
عن ابنتين أحدهما
أمر أنه فانه لا يستحق
بالزوجة شيئا من الميراث
مع اعتقادهم صحة ذلك
النكاح وصحة النكاح
توجب توريث المرأة من
زوجها في جميع الأديان
إذا لم يوجد المانع ولم يوجد
في ديانتهم ثم لم نتركهم وما
يدينون وأجيب بأننا نسلم
أنهم يعتقدون التوريث
بأنكحة المحارم فلا بد له
من بيان

(قوله لا نجادلهم على الترك الخ)
أقول أي ترك ما يدينون
(قوله وأجيب بأننا نسلم
أنهم يعتقدون التوريث
الخ) أقول فيه أن مراد
الناقص إذا حكمنا بينهم
على شرع الإسلام لطلبهم
ذلك لا نورثها

وقوله (بخلاف الميتة والدم) جواب لمقيس عليه للشافعي رحمه الله لم يذكر في الكتاب (لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين بتوهمها إلا أنه يجب قيمة الجروان كانت متلبة) وتذكر كبر الضمير في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه أعزازا ٤) بخلاف أهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تملكها وملكها فان جرت بينهما مباحة (٣٩٩) جازلهم التملك والتملك وان

استهلكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وتسليمه (قوله) وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وملكها وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذي لا ماضيا لهم ترك التعرض له لمافي من الاستخفاف بالدين

امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أرى فلن يبيننا وبينه عهد على ما سألني بيانه عن قريب قال صاحب العناية أخذ من النهاية ونوقض بما إذا مات المجوسى عن ابنتين أحدهما أمر أنه فانها لا تسحق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب تورث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانهم ثم نتر كهم وما يدينون وأجيب باننا لا نسلم أنهم يعتقدون التورث بأنسكة المحارم فلا يبين من بيان اه واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن مراد الناقض أنا إذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لا نورثها اه (أقول) ليس فيما ذكره كبير حاصل إذ مراد المجيب أيضا أن عدم تورثنا إياها إذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التورث بأنسكة المحارم نعم يعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث ألا يرى أن الميراث يتمتع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح به في التفصيل في النهاية وان أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التورث بأنسكة المحارم وطلبوا ذلك لم تحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لأن ما يضرنا انما هو النقص بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض * ثم أقول بقي ههنا كلام آخر وهو أن للسائل أن يورد النقض حينئذ يعلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تسحق شيئا من الميراث عندنا لا اختلاف الدينين مع أن وجوب تورث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الأديان إذا لم يوجد مانع والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن الإرث في اعتقاد الكفرة ولم نتر كهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله) وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون الخ لا تساق ما بعده من العطف حينئذ اه (أقول) تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لأن كلمة هذا مع كونها مما يأتى ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون لأن الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقامهم لا تدين بالشبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا إياهم عن الربا بخلاف قوله نحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون كالأجنبي على ذى مسكة وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون بغير المعنى وهذا أى قوله ونحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملائمة الخلاف بينهم كما بينا آنفا وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وملكها كما ذهب إليه جماعة من الشراح في معنى المعنى وهذا أى عدم كون الذي ممنوعا عن تملك الجرو وملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى أن هذا المعنى سديد

ببخلاف الميتة والدم لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين بتوهمها إلا أنه يجب قيمة الجروان كان من ذوات الامثال لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه أعزازا له بخلاف ما إذا جرت المباحة بين الذميين لأن الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وملكها وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذي لا ماضيا لهم ترك التعرض له لمافي من الاستخفاف بالدين

امثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام ألا من أرى فلن يبيننا وبينه عهد على ما سألني بيانه عن قريب قال صاحب العناية أخذ من النهاية ونوقض بما إذا مات المجوسى عن ابنتين أحدهما أمر أنه فانها لا تسحق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب تورث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانهم ثم نتر كهم وما يدينون وأجيب باننا لا نسلم أنهم يعتقدون التورث بأنسكة المحارم فلا يبين من بيان اه واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن مراد الناقض أنا إذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لا نورثها اه (أقول) ليس فيما ذكره كبير حاصل إذ مراد المجيب أيضا أن عدم تورثنا إياها إذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التورث بأنسكة المحارم نعم يعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث ألا يرى أن الميراث يتمتع بالرق واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح به في التفصيل في النهاية وان أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التورث بأنسكة المحارم وطلبوا ذلك لم تحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لأن ما يضرنا انما هو النقص بما هو أمر واقع لا بما هو فرض محض * ثم أقول بقي ههنا كلام آخر وهو أن للسائل أن يورد النقض حينئذ يعلم مات عن زوجة كافرة فانها لا تسحق شيئا من الميراث عندنا لا اختلاف الدينين مع أن وجوب تورث الزوجة من زوجها مقرر في جميع الأديان إذا لم يوجد مانع والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن الإرث في اعتقاد الكفرة ولم نتر كهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله) وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون الخ لا تساق ما بعده من العطف حينئذ اه (أقول) تعلقه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لأن كلمة هذا مع كونها مما يأتى ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون لأن الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقامهم لا تدين بالشبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا إياهم عن الربا بخلاف قوله نحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون كالأجنبي على ذى مسكة وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون بغير المعنى وهذا أى قوله ونحن أمرنا أن نتر كهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملائمة الخلاف بينهم كما بينا آنفا وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الجرو وملكها كما ذهب إليه جماعة من الشراح في معنى المعنى وهذا أى عدم كون الذي ممنوعا عن تملك الجرو وملكها ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى أن هذا المعنى سديد

(قوله قوله وهذا بخلاف

الربا متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الجرو كذا قيل والاولى أن يتعلق بقوله نحن الخ) أقول بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الجرو والخزير

(وقوله بخلاف متروك التسمية) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم وما يدعون من الدين (يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى) وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أنلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي رحمه الله ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لأنسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة (٤٠٠) دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن

الدليل هو قوله صلى الله عليه وسلم أترككم وما يدينون وكان ذلك لعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين قال (فان غصب من مسلم خيرا فخلها الخ) من غصب من مسلم خيرا فخلها أوجلد ميتة قد بغه فكل منهما على وجهين لأن التخليل أو الدباغ إما أن يكون بخلط شيء وبماله قيمة أو لا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها أو دبع بالقرط بفتحين وهو ورق السلم والعقص ونحوهما فاما أن يكون الخلل والجلد بأقسين أو لا فان كانا بأقسين أخذ المالك الخلل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في الميسع والفرق بين المستثنين ما ذكره في

وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيعه لأن ولاية المحاجة ثابتة قال (فان غصب من مسلم خيرا فخلها أوجلد ميتة قد بغه فكل منهما على وجهين لأن التخليل أو الدباغ إما أن يكون بخلط شيء وبماله قيمة أو لا فان خلل بغير شيء بالنقل من الشمس الى الظل ومنه اليها أو دبع بالقرط بفتحين وهو ورق السلم والعقص ونحوهما فاما أن يكون الخلل والجلد بأقسين أو لا فان كانا بأقسين أخذ المالك الخلل بلا شيء وأخذ الجلد ورد عليه ما زاد الدباغ فيه وطريق علمه أن ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبس حتى يستوفي حقه كحق الحبس في الميسع قال (وان استهلكهما ضمن الخلل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه)

وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محلها حينئذ وقال بعض الفضلاء بل الاولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخنزير اه (أقول) هذا أقبح مما قاله صاحب العناية لانه ان كانت الاشارة بهذا الى الخمر والخنزير بتأويل ما ذكر كإزعمه يصير المعنى وهذا أى ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الرافق لا يبيح لتعلق قوله وهذا بخلاف الرافق بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بأن يقال المراد وهذا بخلاف الرافق الضمان فيحصل نوع تعاقب بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا أيضا لأن الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الرافق بالامساك له بذلك تدبر تفهم (قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يبيعه لأن ولاية المحاجة ثابتة) قال في العناية يعني لما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على من أنلف متروك التسمية عامدا لانه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قاله أن ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمة قائم فلم يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل أن يقول لأنسلم أن ولاية المحاجة ثابتة لأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قررتم والجواب أن ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هذا لفظ العناية واعتراض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه اه (أقول) هذا ساقط جدا أما أولا فلا لأن القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به مما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع وأما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك الثلاثة فلا يصح أن ينفذه القاضي أصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلا وما يخالف

الكتاب وهو خير وان لم يكونا بأقسين فان استهلكهما الغاصب ضمن الخلل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رضى الله الكتاب عنه وقال يضمن الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه

(قوله ولقائل أن يقول لأنسلم أن ولاية المحاجة ثابتة الخ) أقول الاولى استحلال متروك التسمية بخلاف النص الكتاب والنخص مؤمن به فثبت ولاية المحاجة (قوله والجواب الى قوله وهو منتف في حق المجتهدين) أقول فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه

ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما الخلل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخلل من ذوات الأمثال وأما الخلل فلهما ما بقى على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مذهبنا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه

الكتاب بالحكم يحمل متروك التسمية عامد افاته مخالف لقوله تعالى ولاتأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامد افكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور أن علة الامر بالترك في قوله عليه الصلاة والسلام تركوهم وما يدعون من عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الخلق المجتهدين بأهل الذمة في ترك الحاجة لادلالة ولا قياسا ولا يخفى أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك الحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف اه (أقول) هـ هذا ليس بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو أحد الأدلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي لدلالة عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر أنفان من مسئلة الاستهلاك لاجماع الامة الذي هو من الأدلة لان هـ هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه وكيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الأئمة الثلاثة يعني مالكا والشافعي وأجلدوا تخللت الخيرة بنفسها وهلك في يد الغاصب يضمن وأما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجدل المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اه فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لا تتنافى بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والشافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعاً ولم ينقل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا به عمل موصوف بالتعدي اه كلامه (أقول) ظهوره هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها سائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك الخلل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكيفية في شيء من المسائل * ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا انه فهمه مما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعاً قوله في أثناء ذلك وجه هذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه (أقول) هذا النظر ساقط حداً لان سلم أو لا أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون

وان هلكا في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المصنف والبيضة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا ضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والقرض عدمه (وقوله أما الخلل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الخلل فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني اذا غصب الخلد من منزله فأما اذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أن يأخذه في هذه الصورة أيضا واذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا فوت الرد خلفه قيمته كافي المستعار
يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تفويت منه هناك قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وغيره في شرح
الجامع الصغير قولهما يعطى (٤٠٣) ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني أن القاضي قوم الجلد بالدرهم

ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كافي المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما
يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده في طرح عنه ذلك القدر ويؤخذ
منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله أن تقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه
متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقه
والجلد تسع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما إذا هلك من
غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته
قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذي والثوب لان التقوم فيهما كان تابعا قبل الدباغ والصبيغ فلم
يكن تابعا للصنعة

نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك أيضا سببا له ومقصود المصنف قياس المتنازع
فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان المتعدي ما استهلكه واعطاه المالك ما زاده
الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سببا آخر
للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس عليه في السبب المشترك وقد أشار اليه صاحب النهاية حيث قال
في حل هذا المحل ان الاستهلاك جنائية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد
على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوما كافي الثوب الآن هناك السبب الاول وهو الغصب موجب
للضمان أيضا فله أن يضمه بأي السببين شاء وهما السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان
فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للغصب منه أن يضمن
المستهلك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون
عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه) قال صاحب العناية في شرح قوله كما إذا هلك من غير
صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك اه كلامه واقتضى أثره الشارح العيني (أقول) فيه نظر
اذ لا شك أن عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعه لا يجب أن يكون باعتبار أن الاصل وهو
الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما يقتضيه قول الشارحين المزبورين والا فالغصب موجب للضمان
في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر أن عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي
هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما أشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية أيضا في تعليل
تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند
تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة
الغصب الشرعي كما تقر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ وقطعا وانما يصير
متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدينه مخير الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب
للضمان فيما نحن فيه بل لا ريب ويؤيد ما قلنا ان انجر المخالفة بنفسه أيضا غير مضمونة في صورة الهلاك
بالاجماع كما هو وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد الغصب وهو الاخذ جبرا بدون

الجامع الصغير قولهما يعطى
والدباغ بالدنانير فيضمن
الغاصب القيمة وبأخذ
ما زاد الدباغ أما اذا قومهما
بالدرهم أو بالدنانير في طرح
عنه ذلك القدر ويؤخذ منه
الباقي لعدم الفائدة في الاخذ
منه ثم في الرد عليه ولا ي
حقيقة رحمه الله لا نسلم أن
الجلد مال متقوم ما بنفسه
وانما حصل له التقوم بصنعة
الغاصب وصنعه متقومة
لاستعماله مالا متقوما فيه
ولهذا كان له أن يحبس حتى
يستوفي ما زاد الدباغ فكان
التقوم حقا للغاصب وكان
الجلد تابعا للصنعة الغاصب
في حق التقوم ثم الاصل وهو
الصنعة غير مضمون عليه
فكذا التابع لما لا يرم مخالفة
التبع أصله كما إذا هلك من
غير صنعة فان عدم الضمان
هناك باعتبار أن الاصل
وهو الصنعة غير مضمون
فكذلك الجلد والا فالغصب
موجب للضمان في الهلاك
والاستهلاك (قوله بخلاف
الرد الخ) جواب عن قولهما
ولانه واجب الرد وتقريره
أن وجوب الرد حال قيامه
لانه يتبع الملك والجلد غير
تابع للصنعة في حق الملك
لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما

والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة
فكذا ما يتبعها او الرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع فوجب رده وتبعه الصنعة وقوله (بخلاف الذي والثوب) جواب عن قولهما
كما اذا غصب ثوبا وأقسم الذي استظهار ان التقوم فيهما أي في الذي والثوب كان تابعا قبل الدفع والصبيغ فلم يكن تابعا للصنعة
والتقوم بوجوب الضمان

ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان
 الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك
 لانه اذا تركه عليه وضمنه بجزء الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه
 بتحقيق الغصب الشرعي موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك أو كان مجرد حصول التقويم للأخذ
 بعد الأخذ كذا في تحقيق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخلطة بنفسها في يد
 الآخذ جبراً مع أنه خلاف ما عليه الأجماع * ثم أقول لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما اذا
 هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان الزبوران مما يليق بقدره الجليل وان كان في ظاهر لفظه مساعدة
 لذلك كان حقاً علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بقوله كما اذا هلك
 من غير صنعه هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفاً في الصورتين
 ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون
 الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز أن يكون هذا السبب سبباً
 أضاف في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لامن حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب
 في تلك الصورة كما يقتضيه قوله ما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم
 يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز أن يكون له فيها سبب
 آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب
 لان انتفاء أحد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم أن لا يصح قوله ما والا فالغصب
 موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تأمل تقف (قوله ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه
 على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له
 قيمة) قال الشراح في تفسير قوله قيل ليس له ذلك أي مطلقاً بخلاف ويقتضي هذا التفسير مقابلة
 قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعليل هذا القول الاتفاق
 بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندي فانه لا يتمشى على أصل
 الامامين اذ قد مر أن أصلهما أن الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك
 ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه فيضمنه ويعطيه المالك ما زاد
 الصبغ فيه والتعليل المذكور ههنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد ههنا أن الجلد
 لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقتئذ والمراد بما مر أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ
 فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه
 قيمته بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ كما أشار اليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل
 ليس له ذلك بخلاف أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقويم جلد الميتة وقت
 الغصب لا ينافي عندهما كونه مضموناً على الغاصب بعد أن صار مالاً متقوماً بالدباغ وهذا يجب عليه
 الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالاً متقوماً بالدباغ باقياً على ملك المالك
 كما مر على أنه لو كان المراد ههنا أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المصنف بخلاف الثوب دون أن
 يقول بخلاف صبغ الثوب لان الصبغ في الثوب بازاء الدباغ في الجلد تأمل (قوله لانه اذا تركه عليه
 وضمنه بجزء الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه) قال صاحب
 العناية وفيه نظر لان العجز في الاستهلاك لا مر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك
 ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تعدي فيها الغاصب جواز تعديها فيما ليس كذلك اهـ (أقول) يمكن
 أن يجاب عن هذا النظر بأن العجز في الاستهلاك لما كان لا مر من جهة الغاصب لذلك العجز فيما تركه

(ولو كان) الجلد (فأما فأراد
 المالك أن يتركه على
 الغاصب في هذا الوجه) أي
 الذي كان الدباغ فيه بشئ
 متقوم (ويضمنه قيمته قيل
 ليس له ذلك) بخلاف (لان
 الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ
 الثوب لان له قيمة وقيل
 ليس له ذلك عند أبي حنيفة
 رحمه الله وعندهما له ذلك)
 وقوله (لانه اذا تركه) دليل
 أن في المسئلة خلافاً لدليل
 المخالفين ووجه ذلك أنه اذا
 ترك الجلد على الغاصب
 وضمنه بجزء الغاصب عن
 رده فصار كالاستهلاك
 وهو أي الاستهلاك على
 هذا الخلاف على ما بيناه
 آنفاً وفيه نظر لان العجز في
 الاستهلاك لا مر من جهة
 الغاصب وفيما تركه وضمنه
 القيمة من جهة المالك ولا
 يلزم من جواز التضمين في
 صورة تعدي فيها الغاصب
 جواز تعديها فيما ليس كذلك

ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهما فاقبل بضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كانه اذا دبغ بماله قيمة وخلل بغير خلط شئ أما اذا دبغه بمالا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلاشئ لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزىل ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قوله جميعا لانه صار مالا على مالك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المبالية والتقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فاقبل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمه الله صار الخلل ملكا للغاصب ولاشئ عليه عند أبي حنيفة (٤٠٤) رحمه الله وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه كافي دباغ الجلد وقوله

(قالوا) يشير الى أن غمه قولاً آخر وهو ما قبل ان هذا والاول سواء لان الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو على ما قبل وقيل) بتكرير قبل اشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك الى أن قال قبل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك) أي أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا أن خلط الشئ بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فإذا تلفه فقد تلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المصوب منه وقوله (هو للغاصب في الوجهين) يعني ما اذا صارت خلا من ساعته

ثم قبل بضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل بضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بمالا قيمة له كالتراب والشمس فهو للمالك بلاشئ لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب بضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفتة ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة صار ملكا للغاصب ولاشئ عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخل وان أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قبل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلا فلهما كافي دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الملح فيها فعن محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولاشئ عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصير خلا الا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيله ما لان خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولاشئ عليه لان نفس الخلط استهلاك عند ولا ضمان في الاستهلاك لانه أ تلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بناه ويضمن في الوجه الثاني لانه أ تلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على اطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شئ لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثر فيه أقوال المشايخ وقد أبتناها في كفاية المنتهى

المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك اغتار به عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاه ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يملكه ذلك فكان السبب الاصلى لعجز الغاصب عن رده فعل نفسه الا يرى أنه لو دبغه بمالا قيمة له وكان هو للمالك بلاشئ كما يجب لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قبل بضمنه قيمة جلد مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل بضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) يعني اختلف المشايخ في كيفية التضمين على قوله ما فقال بعضهم بضمنه قيمة جلد ذكي مدبوغ و يعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقال بعضهم بضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح (أقول) ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها ان قد قال المصنف فيما مر

أو بعد زمان وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شئ ومعناه أن بعضهم جاوره على الوجه الاول وهو التخليل بغير شئ كما تقدم وبعضهم أجروه على اطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها وهي التخليل بغير شئ والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما

قال المصنف (وعندهما أخذه المالك) أقول قال صاحب التسهيل يشكك هذا بما مر من أصلهم وهو أنه اذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه يملكه فيعين الضمان والخل كذلك زال اسم الخمر ومعظم ما يقصده من الأغراض بفعله وهو القاء الملح ونحوه فيمنعني أن يأخذه ويمكن أن يقال كأنه يتخلل بنفسه لان طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع بخلاف الخل انتهى ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المبرورة كالمناقع

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبعلا أو من مارا أو دفأ أو أراق له سكرًا أو منصفاهم وضامن ويبيع هذه الاشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فأطبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قوله ما والسكر اسم للشيء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة رواه ابنان في التضمن والبيع لهما أن هذه الاشياء أعدت للعصية فبطلت تقويمها كالتجر ولأنه فعل ما فعل أمر بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل باذن الامام ولا يضمن حنيفة أنها أموال لاصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة الغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقويم وجواز البيع والتضمن مرتبان على المالبة والتقوم والامر بالمعروف بالسداد الى الامراء لقد رتبهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمته غير صالحه للهو كافي الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحه لهذه الامور كذا هو في السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تلك عينه وان كان لو فعل جازوه هذا بخلاف ما إذا أنفق على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانهم مقر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة وقال يضمن قيمتهما لان مال المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

في بيان أخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه انه ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وما وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فافادة الاختلاف المذكور والمالك واحد والله تعالى أعلم وأحكم

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تلك الانسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونة لكن توفر الحاجة الى معرفته للاختراز عنه مع كثرته بكثره أسبابه من الاستحقاق في البيعات والأشربة والأجارات والشركات والمزارعات أوجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السابقة على النمط المتقدم كما مر بيانه قد ساقته ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السابقة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد أن تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اهـ (أقول) ليس هذا بسد بابا للغصب لانهم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ بل الغصب عندهما انما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا وانما يتأني عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضا ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الا عظم وأمانتنا الثاني اذ لو كفي مجرد كون العموم محل اجتهاد لم يجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة في السفن أيضا عندده على ما صرحوا به وسأقي في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبعلا) قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقسوله (أهراق له سكرًا) أي صبه يقال فيه هراق يهريق بتحرريك الهاء وأهراق يهريق بسكونها والهاء في الاول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه الى آخره ظاهر لا يحتاج الى شرح والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تلك الانسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونة

قال المصنف (لان المسلم ممنوع عن تلك عينه) أقول لعل المراد بالمنع هو الكراهة والله أعلم

* (كتاب الشفعة) *

لكن لو فر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة أسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والزراعات
أوجب تقديمها وسببها اتصال ملك الشفع بملك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو المضم سميت
بهم لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع وفي الشريعة عبارة عن تلك المرة ما اتصل بعقار من العقار على المشتري بشركة أو جوار
قال (الشفعة واجبة للخليط الخ) (٤٠٦) الشفعة واجبة أي ثابتة للخليط في نفس المبيع أي للشريك ثم للخليط في حقه كالشرب

والطريق ثم للجار يعني
الملاصق قال المصنف رحمه
الله (أفادهذا اللفظ ثبوت
حق الشفعة لكل واحد
من هؤلاء وأفاد الترتيب

الشفعة مشتقة من الشفع وهو المضم سميت بهما لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفع قال (الشفعة
واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار) أفادهذا اللفظ
ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد
جاء في تفسير قوله تعالى لا عذبة عذبا شديدا أي لا لزمنه صحبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية
ثم ان الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو المضم سميت بهما لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفع
ومنه شفاعه رسول الله صلى الله عليه وسلم للذنبين لانه يضمهم بهما الى الطاهرين وفي الشريعة هي تلك
البقعة جبر على المشتري بما قام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا أنه وقع في بعضها اتكال العقار
بدل تلك البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وترك
ذكره في الاكثر بناء على ظهوره (أقول) في الكل اشكال وهو أنه ان كانت حقيقة الشفعة
في الشريعة هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقر عندهم وسيجيء في الكتاب
من أن الشفعة تجب أي تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري
أو حكم بها كما لان ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند أخذ البقعة المشفوعة بالتراضي
أو قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقوله لم
الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صفة اذا ثبت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين
عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لاحالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير
أن تكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضاً قد
صرحوا بأن حكم الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء أو الرضا فلا كانت الشفعة نفس
التملك لما صلح شيء من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكماً للشفعة أما الاول فلا نه لاشك
أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تلك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو
الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم
الشيء بقارن ذلك الشيء أو يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكماً للشفعة
على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثاني فلا لأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى وحكم
الشيء ما يغيره و يترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لان يكون حكماً للشفعة على تقدير كون الشفعة
نفس التملك فالأظهر عندى في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال
ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اه فانه اذا كانت حقيقة الشفعة
في الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك سندفع الاشكال الذي ذكرناه بحذفه ويظهر ذلك
بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند

(قوله لكن لو فر الحاجة الى
معرفته للاحتراز عنه مع
كثرته الخ) أقول لكن
ما ذكر في بيان وجه تأخير
العصب عن المأذون يعني
عن بيان سبب تقديم العصب
على الشفعة ثم يمكن أن يقال
في وجه التقديم أن العصب
يم العقار والمنقول بخلاف
الشفعة والاعم يستحق
التقديم (قوله من الاستحقاق
في البياعات والاشربة الخ)
أقول فيه بحث الا أن يقال
كلمة من التعليل (قوله أوجب
تقديمها) أقول الظاهر تقديمه
قال المصنف (الشفعة مشتقة
من الشفع) أقول يقال
شفعت كذا بكذا اذا جعلته
شفعة (قوله وفي الشريعة
عبارة) أقول قال الاتقاني
الشفعة عبارة عن حق
التملك في العقار لدفع ضرر
الجوار انتهى ولعله أولى
مما ذكره غيره من أنها تملك
عقار (قوله على المشتري

بشركة أو جوار) أقول لعله لم يذكر قيد جبرا كتنفاه عنه بكلمة على فانما يدل على الاستعلاء المنبئ عن الجبر قال عامة
المصنف (الشفعة واجبة) أقول أي ثابتة وفي قول المصنف أفادهذا اللفظ ثبوت حق الشفعة اشارة اليه واطافة حق الشفعة ببيان
قال المصنف (أفادهذا اللفظ) أقول اللفظ مصدر في الاصل يتناول الكثير أيضا (قوله للشريك) أقول اللام للاستحقاق
كفى أمناه

أما الثبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة للشريك لم يقاسم

عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لأن الشفعة إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل
وهو ضرر سوء المعاملة والمعايشة وإنما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان
الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب فهو إشارة منه إلى أن كل ما سبب
على التعاقب وأنه غير صحيح لأن الشفعة إذا وجبت بالمبيع لا يتصور وجوبها بالطلب وذو كرشنج
الاسلام رحمه الله أن الشر كة مع البيع على وجوب الشفعة لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما قال ولا
يجوز أن يقال بأن الشر امر شرط والشر كة على سبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو
سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشر كة وحده لم يصح التسليم قبل البيع لأنه يحصل
بعد وجود سبب الوجوب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولم يصح
تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشر كة وحدها ليست بهالة والحاصل أن استحقاق الشفعة
بالشر كة عند البيع أو بالشر كة والبيع وتأكد بها بالطلب وثبوت الملك في البعثة المشفوعة بالقضاء
أو بالرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزياً إلى البسوط والذخيرة والتحفة وغيرها (أقول)
يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالمبيع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالمبيع ثم بتأكد
وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول إلى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب
بالطلب تطهير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهذهنا الصراط المستقيم من أن معناه ثبتنا على هدى
الصراط المستقيم يكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل تطاير هذا في كلام البلغاء أكثر من
أن تخصي والعجب أن عامة ثقات المشايخ جالوا كلام ذلك الهمام الذي له يد طول في الفقه على المعنى
الذي هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف النمام (قوله أما الثبوت
فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة للشريك لم يقاسم) أقول لقائل أن يقول هذا الحديث وإن
دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك إلا أنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك
أيضا كالجار الملاصق لأن اللام في الشفعة المذ كورة الجنس لعدم العهد وتعريف المسند إليه بلام
الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقر في علم الادب ومثل بنحو قوله عليه الصلاة والسلام
الأئمة من قريش سيما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عريفا في إفادة القصر
كما في الحديث على ما قالوا فاتفق اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتأمل
في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور أي ثبتت الشفعة للشريك إذا كانت
الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما إذا باع بعد هافلم يبق للشريك
الآخر حق لافي المدخل ولا في نفس الدار فيثبت لاشفعة اه واعتراض بعض الفضلاء على قوله أما
إذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بفهم الصفة ونحن لا نقول به إلا أن يقال التخصيص
بدلالة اللام الاختصاصية اه (أقول) كل من اعترضه وتوجيهه ساقط أما الأول فلا أن قول صاحب
العناية وأما إذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه أن يقال هذا
قول بفهم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بينا الواقع وأما الثاني
فلا أنه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم أن يبدل الحديث المذ كور على
عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون حجة علينا لالتنا

والدليل على الأول ما روى
عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم الشفعة للشريك
لم يقاسم أي ثبتت الشفعة
لشريك إذا كانت الدار
مشتركة فباع أحد
الشريكين نصيبه قبل القسمة
أما إذا باع بعدها فلم يبق
لشريك الآخر حق لافي
المدخل ولا في نفس الدار
فيثبت لاشفعة

قال المصنف (فلقوله عليه
الصلاة والسلام الشفعة
لشريك لم يقاسم) أقول
قوله لم يقاسم لدفع احتمال
المجاز إذا لشر كة بعد القسمة
(قوله ثبتت الشفعة) أقول
تكسر بالثذ كبر (قوله أما
إذا باع بعدها فلم يبق
لشريك الآخر حق لافي
المدخل ولا في نفس الدار)
أقول هذا قول بفهم
الصفة ونحن لا نقول به
الآن يقال التخصيص
بدلالة اللام الاختصاصية
(قوله فيثبت لاشفعة)
أقول فيه شيء الآن يقال
المراد لاشفعة للخطئة

(وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) والمراد بالجار الشريف في حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهم واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرير سببه قبل معناه أحق به عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفيعته مدة الغيبة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسبقه قيل يا رسول الله (٨٠٤) ماسبقه قال شفيعته وفي رواية الجار أحق بشفيعته والحديث الاول يدل على

ثبوت الشفعة للشريك في نفس المبيع والثاني للشريك في حق المبيع والثالث الجار (وقال الشافعي رحمه الله لاشفعة للجار لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الاثمة من ترش فتختصر الشفعة فيما يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه قوله (ولان حق الشفعة) دليله معقول وتقرره أن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا

وقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسبقه قيل يا رسول الله ماسبقه قال شفيعته ويروى الجار أحق بشفيعته وقال الشافعي لاشفعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير من غير رضاه

(قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) أي جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظر له وان كان غائبا أي الشفيع يكون على شفيعته وان غاب اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرير سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغيبة في ابطال حق تقرير سببه اه قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به أحق بها عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق فيكون أحق به اقبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير بعض ما شمله كلمة أحق ولان ما روى عن عمرو بن الشريف عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت لبس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفيعته فهذا يبطل ذلك التأويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله اه (أقول) المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا يدون الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان تكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم ان يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشرع فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما ينو أن يكون على شفيعته وان غاب ولا شك أنه اذا كان على شفيعته حال غيبته فلا يكون على شفيعته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلى وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظر له الى أن يجي ويفرغ من شفيعته تحققت الاولوية أيضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى أن يجي ويفرغ من شفيعته مع بعد زمان الانتظار فلا يجب الانتظار له الى فراغه من شفيعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تأمل تفهم (قوله وقال الشافعي لاشفعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

قال

(قوله ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار) أقول يشير الى أن قوله ينتظر له بجهة تفسيرية (قوله وان كان غائبا) أقول مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله قال المصنف (ويروى الجار أحق بشفيعته) أقول ينبغي أن يكون أحق صفة لاسم التفضل اذ لا حق في الشفعة لما دون الجار (قوله وانه قال فاذا وقعت الحدود والخ) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيل كيف يكون حق الشريف في حق المبيع مقسوما قلنا هو اده حق كل منهما من المالك

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه

لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذا لم يكن في معناه من كل وجه (وهذا) أي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرر ورد دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله (في الاصل) أي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم وبه فهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما لم يقسم القسمة كالبر والجمام (ولنا ما رويناه) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أخى بالدار رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أخى بسقبر رواه البخاري وأبو داود

(قوله وهذا أي الجار يعني شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أي محل النزاع

قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن اللام للجنس كقوله عليه الصلاة والسلام الاثمة من قريبش فتخصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا ما مر ادع حق كل منهما من الملك اه (أقول) فحينئذ يتخلل تقريره قول فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالة على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معاً أي من جهة نفس الملك كدال عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كدال عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الماصق حقه مقسوم من قديمك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية ويضيق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجار وذ كرا حديث المذ كور دليل عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجار بالذ كرا حيث قال ليس لتخصيصه هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق أيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبر والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وجه تخصيصه ذلك بالذ كرا عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا أي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أي الجار يعني شفعة الجار وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر هاتم الفرع في قوله دون الفرع بالجار أيضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق الواضح عندي أن المراد بهذا الفرع كليهما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد بان الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذا وجد الاتصال بالمتبائع ولا جهة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا استربة فعادة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضوعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسيره هذا حيث قال فيه أي الجار الا أنه لما ذاق بشاعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتمام أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بأن شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا أن يتقدر مضاف آخر في قوله معناه أيضا فيصير المعنى ليس في معنى شفعته أي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى أنه

(ولان ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له لوجوب النقض دفعا للفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اعتبارا أي الخافا بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه لانه في معناه (لان الاتصال على هذه الصفة) يعني اتصال التأييد والقرار (انما انتصب سببا في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذا الجوار مادة المضار) (٤١٠) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار

ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتلك الاصل أولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره

تعمل بعد عمل بلا ضرر ورة داعية الى شئ منها فالحق ما قلته (قوله ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأييد وقرار) قال تاج الشريعة ذكر التأييد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ النقض واجب دفعا للفساد اه واقضى أثره صاحب العناية ورد بعض الفضلاء بغيره بالسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يمتد زعمه اه (أقول) ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك للمنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا الدار المسكونة بالعارية أيضا فحصل بقوله اتصال تأييد احتراز عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا اه وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهرا اه وتبعه الشارح العيني (أقول) فيه بحث لان المستأجر وان كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك للمنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفا الا أن كلامهما قد خربا بقوله اتصال تأييد فيما قبل فبما في الاحتراز عن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتنن فلا ملك له في الدار المرهونة لان من حيث الرقبة ولان من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من قبل قطع مع قطع النظر عن قيد التأييد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلا والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار المورثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فان في كل منها يتحقق الملك والتأييد والقرار لكن لاشفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شئ منها (قوله لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) قال بعض الفضلاء الدليل اخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة اه (أقول) المعنى المقصود من هذا الدليل أن الضرر في حقه بازعاجه عن خطته الاصلية المتقررة أقوى فيعهم ما كان ملكا له بالشراء أو الهبة الا أنه عبر عن أصله خطته وتقررها باضافتها الى آبائه مبالغة في بيان أصالتها وتقررها وبناء على ما هو الاكثر وقوعا في العادة فأخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة الضرر تلزمه في الاصل دون

لا اطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بملك الاصيل) يعني الشفيع (أولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) فيلحق به دالة وحاصلة أن الاصيل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لان مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فكفنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه

(قوله وقوله تأييد احتراز عن المنقول) أقول ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الاجارة) أقول فيه أنه ليس للمستأجر والمرتنن

منه في رقبة المستأجر والمرهون فلا معنى للاحتراز عنهما ثم ليس فيهما اتصال تأييد الا أن يقال المراد الدار المجعولة الفرع أجرة ثم أقول واحتراز بهذا القيد أيضا عن المورثة والموهوبة والموصى بها قال المصنف (لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى) أقول الدليل اخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء أو الهبة (قوله والحاصل أن الاصيل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الاصيل رافع لملك المشتري وهو دافع قال المصنف (وضرر القسمة مشروع الخ) أقول اذا اجل كلام المصنف على المنع والسند لا يرد عليه شئ مما يتوهم ورود

وتقرر الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر وغيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض وقد أجاب بعضهم (٤١١) بأن قوله عليه الصلاة والسلام

الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامر من وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تحجب الشفعة وانما نفي الشفعة في هذه الصورة لانهم اموضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكك أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

(قوله لتحقيق ضرر وغيره وهو التملك) أقول قوله هو راجع الى الضرر (قوله لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامر من) أقول الاصل في اللام اذا لم يكن ثمة معهود أن يحمل على الاستغراق كما بين في الاصول وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق (قوله وذلك يقتضى الى قوله

الفرع يعنى أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر وغير مشروع وهو علك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض اه (أقول) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك بخلاف عطلوينا ههنا لا محالة فلا بد من الجواب اما بيان الرجحان فيما رويناه أو بيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا أن يقال يكفينا دليلنا العقلي عند تحقيق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامر من وذلك يقتضى أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا تحجب الشفعة اه (أقول) في كل من هذين الجوابين نظر أما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضى قصر الشفعة على ما لم يقسم كافي قوله عليه الصلاة والسلام الآتية من قريش وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولاربيب أن أداة القصر تدل على نفي ما عدا المذكور فالاولى في الجواب عنه ما ذكره تاج الشريعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للبالغة كما قال العالم في البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما في الثاني فلا ن حصول الالزام للشافعي بقوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي وان قال بفهوم المخالفة الا أن له شرائط عنده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم الا ان في مجوركم على ما عرفت في الاصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا تحجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال أنه مشترك الالزام لانه اعترافا بكونه ملزما باننا أيضا ولو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعسير بأنه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما أشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز أن يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد

تحجب الشفعة) أقول لا اعتبار لفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط واجتماعها ممنوع هنا ولعل ذلك صرف الطريق لكونه موجودا غالباً عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فلي تأمل (قوله وانما نفي الشفعة في هذه الصورة) أقول أى في صورة القسمة

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركته في مرافق الملك والشرع جميع يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مر بها قال (وليس الشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم

في الشفعة الثابتة بسبب الشركة عما جاز ويناها أي جمعا بين ذلك الحديث وبين ما روينا أو معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بتوقع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لاثبات المذكور ونفي ما عداها وأجيب عنه بعبارة مختلفة قال في الكافي والكفاية وانما قد تقتضي تأكيده المذكور لاني غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر اه وقال في النهاية وكلمة انما قد تنجي لاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد يبدأ الكمال فيه والمشهور به زيد ولم يرد في العلم عن غيره وهما كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يراجه غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دون نفي غيره اه وقال في البداة أن ما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنا بشر مثلكم وهذا لا ينفي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشر امثلهم اه (أقول) فيما ذكر في البداة خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب أنه يؤثر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصود في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم مدلول أنا والمقصود عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ اثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصص عليه كالأجنبي فقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشر امثلهم لا يدل على أن لا تقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشر مثلكم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصص المسند اليه على المسند دون العكس لا بحالة وقوله وهذا لا ينفي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشر امثلهم ينتهي على أن يكون المراد هو العكس فليس يصحح قطعا (قوله) وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اه واقني أنه السارح العمي (أقول) ان كان مرادهما واخذة المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب هين فانه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لتكون الشيء أحق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أطلق عليه في اللغة والاخر على نوع آخر منه ثم لما كانت منزلة الشركة في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه (قوله) قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتأكيد بعد أن قال قيسله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم الجار فان ذلك كما افا ثبت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء افا الترتيب أيضا

(والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع) قال المصنف رحمه الله (الشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولان الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله) (ولان ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر رمونة القسمة لم يصلح علة للاستحقاق لكنه ان لم يصلح علة للاستحقاق صلح مر بها لأن الشرع يرجع ابدأ انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال (وليس للشريك في الطريق والشرب الخ) اذ اثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية

فان سلم فلما تخرأن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع لم يمكنه الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وأبو يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذلك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار وموافقه ولهذا يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق هو له والبقعة واحدة أراد الموضع الذي (٤١٣) هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك

في حكم شيء واحد فاذا صار أحق بالبيع كان أحق بالمبيع والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين النفاسير المذكورة له والقراح من الارض كل قطعة على حبالها ليس فيها شجر ولا شاة شجر

قال (فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار) لما بيننا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لاشفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص أن يكون نهر لا تجرى فيه السفن وما تجرى فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهر لا يسقي منه قراحا أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلة ثم صرح في افادة التأخير وليس للتأخير في الاستحقاق حق عند وجود المتقدم فيه بل لا ريب (قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم أخذها الجار لما بيننا من الترتيب) أقول لتعليل هذه المسئلة بقوله لما بيننا من الترتيب غير تام لان ما بيننا من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وسليمه بل هو أن يكون المتأخر محجوبا بالتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حيث لا يستحق التأخير شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا أخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالتناسب أن يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفى بما ساقى من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ (قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار) قال في العناية أخذنا من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه (أقول) في هذا التتميل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت بخلاف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه (قوله والبقعة واحدة) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع أحق ببعضها كنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال

قال المصنف (ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل الخ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لأب مثلاً اذا أسقط الاخ لأب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط باسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجمله أنا لان سلم أنهم محجوبون به بل له حق التقدم فقط

فتأمل (قوله وفي بيت منها شركة) أقول فرق بين البيت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيع ويجوز أن يقال المراد بالبيت مع توابعه (قوله أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع) أقول الاولى أن يقول الموضع الذي بعضه مشترك بينهما والا فآخر كلامه يخالف ظاهر أوله (قوله فاذا صار أحق بالبيع كان أحق بالمبيع) أقول هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت مقدم على من له شركة في الطريق مع أن هذا الدليل ينتظمهما والامر فيه سهل كما لا يخفى اذ المقصود هنا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل

وذكر استحقاق الشفعة في السكة وأحاله على ما ذكر في كتاب القضاء وهو قوله لأن فتحه للروور ولا حق لهم في الروور أصل ذلك أن استحقاق الشفعة وجواز فتح الباب يتلزمان فكل من له ولاية فتح الباب في سكة فلا استحقاق الشفعة في تلك السكة ومن لا ولاية له فلا وقد تقدم صورة ذلك ومن له الولاية ومن ليس له ذلك في ذلك الكتاب (ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه) يعني قوله وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة الخ فإن استحقاق الشفعة هناك باعتبار جواز التطرق فلا ذلك قال على قياس الطريق يعني لو بيع أرض متصلة بالنهر الأصغر كانت الشفعة لاهل النهر الأصغر لاهل النهر الصغير كما في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى وذكر مسألة صاحب الجذوع وهي واضحة وقوله (لما بيننا) إشارة إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار قال (وإذا اجتمع الشفعاء الخ) إذا اجتمع الشفعاء فالشفعة على عدد رؤسهم خلافاً للشافعي رحمه الله فإذا كان الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخرين الثلث لا تسد بها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريك أن الشفعة قضى بينهم بذلك نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أن ثلاثة درملهم كالسكة لأن الشفعة من مرافق الملك لأن التكميل منفعة وكل ما هو كذلك فهو مقرر بقدر الملك كالريح والغلة والولد (٤١٤) والثمره ولنا أنهم تساووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال ألا يرى أنه لو انفرد

واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق بوجوب التساوي فيه لا محالة ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الكثير أكرم اتصالاً فاني يتساوى بانجاب بقوله وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة لأن الاتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع والرجح انما يكون بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا أظهر من الأخرى بمقابلتها حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحاً لما استحق

وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فيبعت دار في السفلى فلا لها الشفعة خاصة دون أهل العليا وإن بيعت العليا فلا لها السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال (ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفعي شركة ولكنه شفعي جوار) لأن العلة هي الشركة في العقار بوضع الجذوع لا بصير شركاء في الدار إلا أنه جار ملازق قال (والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار) لما بيننا قال (وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك) وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لأن الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها التكميل منفعة فأشبهه بالريح والغلة والولد والثمره ولنا أنهم استواوا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والرجح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا أظهر من الأخرى بمقابلته وعملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة وأشباهاها

صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة أراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع اه (أقول) فيه خلل لأن الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع في مسئلتنا هو منزل معين من الدار أو جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفعي جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وأيضاً قوله فإذا صار أحق بالبعض كان أحق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبينة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فكان بين أول كلامه وآخره تناقض

شأن الرجوع يندفع في مقابلة الراجح وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد لا يخفى فيجوز أن يكون صاحب القليل عند الأفراد يستحق الجميع وإذا انضم إليه صاحب الكثير يتفاوتان كالابن فإنه يستحق جميع التركة عند انفراده والثلاثين مع البنات وأوجب بأن الهيئة الاجتماعية مطلقاً تستلزم ذلك أو التي لم تجتمع من عشرين مستقلين والأول مذموم والثاني مسلم ولكن ما نحن فيه من عشرين مستقلين والهيئة الاجتماعية منهم ما لا تستلزم زيادة والألزم الترجيح بكثرة العلة وليس يصح ألا ترى أن الشاهدين والأربعة سواء لم تستلزم الهيئة الاجتماعية زيادة ومسئلة الميراث ليست مما نحن فيه إذ لم يجتمع في الابن علتان إن ضمت أحدهما إلى الأخرى فاستلزمت الزيادة وانما ذلك باعتبار تفاوت في عصوبته يجعل الشارع كذلك من حيث الحالتان وقوله (وقال ملك غيره) جواب عن جعله الشفعة من ثمرات الملك يعني أن التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب فإنه يتمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه

(قوله وعورض بأن الهيئة الاجتماعية قد تستلزم ما لا يستلزمه الأفراد الخ) أقول وههنا أيضاً كذلك فإنه عند الاجتماع لا يستحق الجميع (قوله يعني أن التملك لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه كالأب الخ) أقول فيه بحث

(قوله ولو أسقط بعضهم) يعني وإذا اجتمع الشفعاء واسقط بعضهم حقه فلا يخلو إما أن يكون قبل القضاء له بجهة أو بعده فإن كان قبله فالشفعة للباقي في الكل على عددهم دون أنصابتهم كالتقدم لأن السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والاتفاص كان للزوجة وقد انقطعت بالتسليم ولو كان البعض غائباً بقضى به ابن الحاضر بن على عددهم لأن الغائب له لا يطلب يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يتولد حق الحاضرين بالشك وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضراً آخر وطلبها بقضى له بالنصف فإن حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهم ما تحققت التسوية وإن كان بعد القضاء له فليس إلا أن يأخذ النصف لأن القاضي لما قضى بينهم صار كل واحد منهم مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه والمقضى عليه (٤١٥) في قضية لا يصير مقضياً له

فيها ولا فرق في هذين ما استووا في سببها وبين ما يكون بعضهم أقوى كالتسليم مع الجار وكذا لو سلم أي أصبر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف وهو مسئلة

الكتاب لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعد البيع) وهو يوهى أن الباء للسمية فيكون سببها العقد وليس كذلك (لأن سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجوار تحقق ذلك اهـ (أقول) في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقيق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلة اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فلتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد (أقول) لقائل

ولو أسقط بعضهم حقه فهي الباقي في الكل على عددهم لأن الاتفاص للزوجة مع كل السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غائباً بقضى به ابن الحاضر بن على عددهم لأن الغائب له لا يطلب وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضراً آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية ولو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر يقطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال (والشفعة تجب بعد البيع) ومعناه بعده لأنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بينا

لا يخفى (قوله والشفعة تجب بعد البيع ومعناه بعده) أقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فإن مجي الباء بمعنى بعد لم يذ كر في مشاهير كتب العربية فلا يظهر أن تكون الباء في قوله تجب بعد البيع بمعنى مع لصاحبه والمقارنة فانه كثير شائع مذ كور في عامة معتبرات كتب الادب والمعنى المقصود ههنا يحصل به أيضاً بلا كلفة كالا يخفى على الفطن المتأمل فلا مقتضى للعدول عنه (قوله لأنه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بينا) يعني في قوله ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح أو في قوله لان الاتصال على هذه الصفة إنما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الأصل بسوء المعاملة والمعاشرة والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجوار تحقق ذلك اهـ (أقول) في قولهم والضرر إنما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم إن أرادوا بذلك أن الضرر إنما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم أن يتحقق الضرر للشفيع قبل أن يبيع البائع ملكه لتحقيق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم أن تجب الشفعة قبله أيضاً لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعاً وإن أرادوا به أن الضرر إنما يتحقق بمدخلة اتصال ملك البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلة البيع أيضاً فلا يلزم أن يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فلتأمل ثم قال صاحب العناية ورد بأنه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد (أقول) لقائل

المبيع والجوار لتحقيق ذلك ورد بأنه لو كان السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب ألا ترى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح وأجيب بأن المبيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكاة قبل الحول واسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد

(قوله لأنها إنما تجب لدفع ضرر الدخيل الى قوله والضرر إنما يتحقق الخ) أقول فيه تأمل (قوله ولا كلام فيه وإنما هو في شرط الجواز) أقول قوله هو راجع الى كلام

(قوله والوجه فيه) أى فى هذا التأويل (٤١٦) (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفى لا يطلع عليه

والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه قال (وتستقر بالأشهاد ولا بد من طلب الموائبة) لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه

أن يقول امتناع تحقيق المشروط قبل تحقق الشرط ضرورى سواء كان المشروط هو الجواز أو الوجوب فإذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم أن يكون عدم تحقق شرط الوجوب أيضا مانعا عن ذلك فلمزم أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الزكاة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال فى إسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل مع أن المصرح به فى موضعه خلاف ذلك ثم أقول يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب فى قوله أن ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب النامى وحولان الحول انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به فى كتاب الزكاة وكذا حلول الأجل فى الديون المؤجلة انما هو شرط وجوب أدائها لا شرط نفس وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الأجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلول الحول وبأداء الدين قبل حلول الأجل والمصرح به فى موضعه انما هو تأدى الواجب بنفس الوجوب لا غير (قوله والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها) أى يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه فى قوله والوجه فيه بهذا التأويل حيث قال والوجه فيه أى فى هذا التأويل وتبعه العيني (أقول) لا يذهب على ذى فطرة سليمة أنه لا مدخل للتأويل الذى ذكره المصنف بقوله ومعناه بعده لأنه هو السبب فى جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير أن يكون معنى كلام القسودرى أن البيع هو السبب كما لا يخفى على القطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التأويل بأرجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لأن المصنف علم تأويله المذکور بقوله لأن سببها الاتصال على ما بيناه فقام معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق أن قوله والوجه فيه الخ متصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعد البيع ومن عادة المصنف أنه إذا كان فى عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا أيضا فعل ذلك (قوله ولهذا يكتفى بثبوت البيع فى حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه) أقول فيه تأمل اذ قد تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هى دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر أن ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع فى حق المشتري لأنه هو الدخيل لا عند ثبوته فى حق البائع مع تكذيبه المشتري لأن البائع أصيل كالشفيع فمن أين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع فى حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال فى العناية ونوفض بما إذا باع بشرط الخيار أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن فى ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعمول به كإرضاء والهبة لا تدل على ذلك اذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا يتقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالأشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالأشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب الموائبة أى من طلب الشفعة على المسارعة قضى فى الطلب الى الموائبة لتلبسه بها لأنه أى الشفعة ذكر الضمير نظرا الى حق يطل بالأعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة لكل العقال ان قيد ثابت وهو كتابة عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه والأشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما

وله دليل ظاهر وهو البيع فى مقام مقامه والحاصل أن الاتصال بالملك سبب والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه بدليل أن البيع إذا ثبت فى حق الشفيع باقرار البائع به صرح به أن يأخذها وإن كذبه المشتري ونوفض بما إذا باع بشرط الخيار أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة وأجيب بأن فى ذلك تردد البقاء الخيار للبائع بخلاف الخيار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعمول به كإرضاء والهبة لا تدل على ذلك اذ غرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع فلا يتقطع عنه حقه بالكلية قال (وتستقر بالأشهاد) للشفعة أحوال استحقاق وهو بالاتصال بالملك بشرط البيع كما تقدم واستقرار وهو بالأشهاد وهو يعتمد الطلب ولا بد من طلب الموائبة أى من طلب الشفعة على المسارعة قضى فى الطلب الى الموائبة لتلبسه بها لأنه أى الشفعة ذكر الضمير نظرا الى حق يطل بالأعراض قال عليه الصلاة والسلام الشفعة لكل العقال ان قيد ثابت وهو كتابة عن سرعة السقوط وكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على أنه أعرض عنه أو دام عليه والأشهاد والطلب يدلان على الدوام فلا بد منهما

عن

(قوله ادغرض الواهب المكافأة) أقول فيه شئ فانه لا يتشئ ذلك فى الهبة للقريب المحرم وفى أخذ الواهب العوض

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله يجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتلك وهو انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي ودليله المذكور ظاهر وقوله (وتظهر فائدة هذا) أي توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين الى وقت اخذ الدار بأحد الامرين المذكورين وقوله (يعني في الصورة الاولى) اذا مات الشفيع لانه لم يملكها فلا تورث عنه وقوله (في الثانية) يعني اذا باع داره لوال السبب وهو الاتصال قبل ثبوت الحكم وقوله (في الثالثة) يعني اذا بيعت دار بجنب الدار المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها وقوله (ثم قوله يجب بعقد البيع) يعني قول القدوري رحمه الله والله أعلم

عن ملكه الا يرى أن غرض البائع أيضا المكافاة بالثمن مع أنه لا ينافي في رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكرنا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقربيه المحرم أولز وجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد إذ غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانهقطاع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفعة فيما بقي النقض بها (قوله ولا يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا تبطل الشفعة بتلك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بتلك الاشهاد مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بتلك الاشهاد مطلقا فانه هذا ما شير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم فإذن أن يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف ان قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك ثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل اخذ الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها الحاكم فانه ثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح الكتلاريلي أي تلك الدار المشفوعة بأحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير اخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتلك بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم ثبت الملك للشفيع قبل اخذته انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي أيضا واثباته ما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بأنه يكتب في ثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم تبصر

لما ثبتت الشفعة بدون الطلب (٤١٨) شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه قال (واذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال (واذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كإعلم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعة بطلت الشفعة لما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله وفي وسطه ونقر الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته وعلى هذا إمامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه أن له مجلس العلم والروايتان في النوادر والثالثة أخذ الكرخي لأنه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما في الخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله لا تسئل شفيعته لأن الأول جدد على الخصاص من جواره والثاني يجب منه لقصد ضراره والثالث لا فتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا إذا قال من ابتاعها أو بكم بيعت لأنه يرغب فيها بمن دون من ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والاشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لثني التجاهد والتقيد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي وبصح الطلب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما ثبتت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذلك الشرط الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذلك الشرط الثاني منه وما هو وقوله والخصومة فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة في الشفعة شأن مخصوص وتفاسير زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضاً أصالة (قوله اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب الموائبة وهو أن يطلبها كإعلم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفيعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلا بد من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فلتأمل أن يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب الموائبة بدل أيضاً على لزوم الأشهاد فيه حيث قال فلا بد من الأشهاد والطلب وسأني التصريح منه بأن الأشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لثني التجاهد والجواب أن المراد بالأشهاد المند كور هناك هو الذي في طلب التقرير بدون طلب الموائبة يرشد إليه تفهيم الأشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الأشهاد والطلب إذ لو كان المراد بالأشهاد هناك هو الأشهاد على طلب الموائبة لكان ذلك كإعلم الطلب بعده لفوا لا يتصور الأشهاد على طلب الموائبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله قبيح ذلك وتستقر بالأشهاد إذا الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب التقرير والأشهاد على مقتضى ماسياً في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها) أقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لأن كان مداره على نفي الشفعة عن ثبوتها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بفهوم المخالفة فكيف يكون حجة تناوان كان مداره على أن لام الجنس في الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها ندلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله أن لامي الجنس والاختصاص دلنا على اختصاص الحمد بالله تعالى فإرد علينا النقص بقوله صلى الله عليه وسلم لم الشفعة أشرك لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب إذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضاً على نفي الشفعة عن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك أيضاً كالجوار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة والأشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لثني التجاهد) قال صاحب النهاية وذلك

لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ تنبه عليها (طلب الموائبة) معنى بها تبركاً بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كإعلم) أي من غير توقف سواء كان عنده إنسان أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل الباب لأنه حق ضعيف وقوله (والأشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لثني التجاهد) يعني رعيًا يجمع الخضم فيحتاج إلى الشهود وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وإنما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والأشهاد في ذلك ليس بشرط

باب طلب الشفعة

قال المصنف (لأنه لما ثبت له خيار التملك لابد له من زمان التأمل كما في الخيرة) أقول بتحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله كذا في شرح الكاكي والفاقر ظاهر فإن الشفيع لا يملكه بطلب الموائبة فقط بل بالاختصاص بالراضى أو بقضاء القاضى فله بعد طلب الموائبة زمان التأمل بخلاف المشتري عند إيجاب البائع والخيرة

وقوله (بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة) قال محمد بن الفضل البخاري لو قيل اقر ويبيع أرض بجنب أرضك فقبل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صحبا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعتها لان كلامه وقع كدباني ابتداء فكان كالسكون والصحيح أنه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال أطلب وأخذ (٤١٩) بطل لانه عدة محض والمختار ما ذكره

المصنف وقوله (وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ) اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد بأخواته المولى اذا أخبر بجنابة عبيده والشفيع والمبكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها وقوله (بخلاف الخيرة اذا أخبرت عنده) أى عند أى خنيقة يعنى أن المرء اذا أخبر بأن زوجها أخبرها في نفسها ثبت لها الخيار عدلا كان الخبر أو غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والافلا لما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شرطى الشهادة

قال المصنف (لان الاعتبار للمعنى) أقول والمعنى المراد من الاول انشاء الطلب لا الخبر منه ليكون كدبا وكذا الثاني وليس بعده على ما زعموا قال المصنف (ويشهد على البائع الخ) أقول قال الاتقاني وينبغي أن يذهب الى أقربهم حتى لو

بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كالمو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أطلبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الا الشهادة حتى يخبره رجلا أو رجلا واحدا أو واحد عدل عنده أبى خنيقة وقال يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صيبا كان أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم وهذا بخلاف الخيرة اذا أخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والشهادة لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الا الشهادة ظاهرا على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير ويبيانه ما قال في الكتاب (ثم ينضم منه) يعنى من المجلس (ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده) معناه لم يسلم الى المشتري

لان طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه اه واقتضى أثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط اه (أقول) لقائل أن يقول طلب التقرير والاشهاد أيضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وانما الذى لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذى عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا لزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسيأتى ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك اغما يكون وجهها لزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذى ذكره الشارح ان المزبور ان عدم لزوم الاشهاد في طلب الموائبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضا كلاما لانه ان أريد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أريد أنه يحتاج الى اثباته عند التجار فكذلك الحال في طلب الموائبة أيضا * ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير أيضا بناء على ما ذكره الامام قاضى خبان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لان الاشهاد شرط بل يمكنه اثبات الطلب عند جحد الخصم اه فانه يدل على أن الاشهاد في طلب التقرير أيضا ليس بالزوم بل اغما هو لثبتي التجار كما في طلب الموائبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذى ذكره الشارح ان المزبور ان سالما من الانتقاض كما لا يخفى (قوله) وقال يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صيبا أو امرأة اذا كان الخبر حقا أقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك اغما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر أن مدار

ترك الأقرب وذهب الى الأبعد وأشهد على الطلب يبطل حقه قالوا وهذا اذا كلفوا على طريق واحد فما اذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الأبعد لأنه ربما يكون به عذر في طريق لا يكون ذلك في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن الفتاوى الصغرى أن الشفيع اذا ترك الأقرب وطلب عند الأبعد فان كان الشفيع أو الأبعد خارج المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحسانا اه

وقوله (أوعلى المبتاع) يعنى المشتري (أو عند العقار) قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب الموائبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة (٤٣٠) بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار أما اذا سمع الشراء

بحضرة أحدهم ولا فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الأبعد وكانوا في مصر واحد بطلت الشفعة قياسا ولم تبطل استحصانا لان نواحي مصر جعلت كناية واحدة ولو كان أحدهم في مصر والآخران في مصر آخرأ وفي رستاق هذا المصر فترك الأقرب الى الأبعد بطلت قياسا واستحصانا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحدهم ولا حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفيعته وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجعوا على أنه اذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفيعته وان طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد يعنى أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم

(أوعلى المبتاع أو عند العقار) فاذ فعل ذلك استقرت شفيعته (وهذا لان كل واحد منهم ما خصم فيه لان الاول اليد والثاني المالك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه بخلاف وجهه من أن يكون خصما اذ لا يملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديد لطلب المطلبية لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسند كركيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمدان تركها شهر اربعة الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف أنه اذا ترك الخصامة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمدان لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذرا من نقصه من جهة الشفيع فقد رناه بشهر لانه أجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كافي سائر الحقوق وما ذكر من الضرر بشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عن ذرا

الوثوق باخبار محبته فيما اذا كان طريق العلم مختصرا في الاخبار هو حال الخبر كعداته وتعدد محايورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطاعندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا ما معني تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا يكون الخبر حقا ولا طريق العلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفادته مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبيه له أن المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب الموائبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والابتنم أن يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب الموائبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعة اه وسأني نظير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هنالك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته حمل عامة الشرح الاشهاد المذكور هنالك على نفس طلب الموائبة لثلاث مخالفات ما ذكره المصنف من قبل وذكري في الذخيرة وغيرها أيضا من أن الاشهاد في طلب الموائبة ليس بلازم وانما هو لثني التجاحد (قوله وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول في هذا التصور برفع تقصير لانه انما يشي فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الإشارة بهذه الدار انما تتصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام الثلاثة للاشهاد أعني الاشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار اللهم

الضرر فكما لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر نقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء الا فانه ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري والبائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يعث من يطلب فلا شفيعه

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي الخ) هذا هو الموعود بقوله وسنذكر كيفية من بعد وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف أسبابها) لانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محبوب بغيره أولا ولا رجحان ما ليس بسبب كالجار المقابل سببافاته سبب عند شريح اذا كان اقرب بابا فلا بد من البيان وقوله (تم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لا بد ان يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت به ليعلم ان المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت (٤٣١) الى دعواه وعليه الفتوى وهذا

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف
بملكه الذي يشفع به والا كلفه بأقامة البينة) لان البسظاھر محتمل فلا تنكفي لاثبات الاستحقاق
قال رحمه الله يسأل القاضي المدعى قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه
ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبته واذا بين ذلك بسأله عن سبب شفيعته لاختلاف أسبابها فان قال
أنافشيعها بداري تلاصقها الآن ثم دعوا على ما قاله الخصام وذ كر في الفتاوى تحدد هذه الدار التي
يشفع بها أيضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استخلف
المشتري بالله ما يعلم انه مالك الذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو أقر
بذلمه ثم هو استخلف على ما في يده فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في
الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي) يعني المدعى عليه (هل ابتاع أم لا فان
أنكر الابتاع قيل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوتها بالحق قال
(فان عجز عنها استخلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي
ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذ كرنا الاختلاف
بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استخلف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصاله وفي مثله يحلف
على البتات

فان نكلت دعوى الشفيع فيعد ذلك يسأل الحاكم المدعى عليه هل ابتاع أم لا فان أقر فذاك وإنكار قيل للشفيع أقم البينة فان أقامها فذاك (وان عجز عنها استخلف المشتري على انه ما اشتراه أو ما يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره فذاك على الحاصل والاول على السبب وذكروا الاختلاف فيه) بر دما ذكره في فصل كفة المين والاستخلاف من كتاب الدعوى

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى بها
لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الاصل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على
أن القاضى يقضى بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري أن يجلس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه
لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى
لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضرب نفسه
عن اختيار فلا ينظر له بإبطال ملك المشتري وانما ينظر له بإثبات ولاية حبس المبيع فأما المشتري ههنا فلا يزال ملك نفسه عن اختيار
ليقال أضرب نفسه قبل وصول الثمن (٤٣٣) اليه بل الشفيع يتكلم عليه كرهاد فعا للضرر عن نفسه وانما يجوز للإنسان

دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضرب بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء به يتمكن المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يجلسه حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافذا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيجب عليه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع اليه الثمن لا تبطل شفعته لانها كانت بالخصومة عند القاضى قال وان أحضر الشفيع البائع الخ) وان أحضر الشفيع البائع الى الحاكم والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضى فاذا قضى القاضى
بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع
الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره
حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا
لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فله مشتري أن يجلسه حتى يستوفي الثمن) وينفذ القضاء عند
محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيجب عليه فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن
اليه لا تبطل شفعته لانها كانت بالخصومة عند القاضى قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع
في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لأن البدله وهي يد مستحقة) ولا يسمع القاضى البيعة حتى يحضر
المشتري فيفسخ البيع بعهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهد عليه لأن الملك للمشتري
والبدل للبائع والقاضى يقضى به مال الشفيع فلا بد من حضوره ما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت
حيث لا يعتبر بحضور البائع لانه صار أجنبيا لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بعهد منه إشارة
الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه
كان أقرب اليه من غيره فان قال ثم فقد صحح دعواه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذ من الذخيرة
وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب النهاية عبارتهم في النقل وأفسدوا عباراتهم كانت
هكذا ثم إذا سأله عن طلب الموائبة فقال ما لمت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبس سأله عن
طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي طلبت بحضوره
هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح
دعواه الى هنا عباراتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب
العناية في نقله لانه عبر عن طلب الموائبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب
الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب الموائبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا
يظهر ذلك مما أحطت به خبرا في أقسام الطلب وأيضا قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف
صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضا فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد

لأن البدله وهي يد مستحقة أي معتبرة كبد المالك ولهذا كان له أن يجلسه حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازا عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الآن الحاكم لا يسمع البيعة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بحضوره ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهد عليه وهذه جملة قضايا كما ترى أما كونه خصما فقد بيناه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البيعة فله ثمنين اشترك في احدهما مع البائع وتفرّد بالآخرى وأما ما اشتر كفيه فهو ما ذكره بقوله (لأن الملك للمشتري والبدل للبائع والقاضى يقضى به مال الشفيع) عليه ما ولا بد من حضور المقضى عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنبيا لم يبق له ملك ولا بد وأما ما تفرّد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه)

ولما كان فسخ البيع يوجبهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة فلا تنقض البيع انما هو لأجل الشفعة ونقضه يقضى الى انتفاؤها لكونها مبينة على البيع بين وجهه بالنقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الاضافة) لان قبض المشتري مع ثبوت حق الاخذ للشفيع بالشفعة ممنوع واذا كان ممنوعا فالتعرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج الى الفسخ لان الاسباب شرعت لاحكامها لا لذاتها لكنه يبقى أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعث مجردا عن اضافته الى ضمير المشتري لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد الى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتحيل لبقائه بتحويل الصدقة الى الشفيع ويصير كأنه المشتري من البائع) وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذرا لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشتري فلا تتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كإسباتي ولما كان له أن يرد الدار اذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع يرى من كل (٤٣٣) عيب بها لكن له ذلك والجواب

أن العقد يقضى سلامة المعقود عليه من العيب وانما يعتبر في حق المشتري بعرض لم يوجب دفع الشفيع وهو الرؤية وقبول المشتري العيب فتحوط الصفقة الى الشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل (قوله فلهذا) أي فلتحول الصفقة اليه (يرجع بالعهد على البائع) لانه تابع كما كان ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري (بخلاف ما اذا قبضه المشتري) فأخذه الشفيع من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض قال (ومن اشترى دارا الغيرة

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهد على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن اشترى دارا الغيرة فهو الخصم للشفيع) لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال (الا أن يسلمها الى الموكل) لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم

ذلك سأل عن طلب الاشهاد ومراعاة طلب الموائمة بصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب الموائمة أنه عن طلب الموائمة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب الموائمة لا محالة فيلزم تكرار السؤال عن طلب الموائمة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأل عن طلب الموائمة سأل عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب الموائمة فان الكلام اذ ذلك ماقى في صورة الشرطية فقدها وهو قولهم اذا سأل عن طلب الموائمة شارة الى ما ذكرنا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى دارا الغيرة فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه) أقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلم الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فكان ينبغي أن يزداد عليه قيد

فهو الخصم الخ المشتري اذا كان وكيلاً فاما أن يسلم المبيع الى موكله قبل الخصومة أولا فان كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لانه هو العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والاخذ بالشفعة من حقوقه) وان كان الاول فالموكل هو الخصم (لانه لم يبق للوكيل يد ولا ملك) وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل لانه يجري بينهما مبادلة حكمية على ما عرف فتسليمه الى الموكل كتسليم البائع الى المشتري ولو سلم الى المشتري كان هو الخصم فكذلك الموكل فان قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبايع من الموكل لكان حضور الوكيل كسل الموكل جميعا شراطين الخصومة في الشفعة اذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف بقوله (الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائباً عنه (فيكتفي بحضوره) والبائع ثم ليس بنائب عن المشتري فلا يكتفي بحضوره

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل اذا تملك المشتري من الوكيل بتحول الصفقة فانه لا يثبت له خيار الرؤية اذا لم يثبت توكيله (قوله بتحول الصفقة الى الشفيع) أقول وأما مسألة الوكيل فان الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضى بما فعل فكان سقوط الخيار من الموكل ضرراً مرضياً بتوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفيع

(قوله وكذا اذا كان البائع وكسلا) ظاهر وقوله (وكذا اذا كان البائع وصيا) يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كانت الورثة صغارا وقيد بقوله (فيما يجوز بيعه) احتراز عما (٤٣٤) لا يتعاب الناس بمثله فان بيعه لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغارا فان الوصي

يبيع التركة اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه لانهم متمكنون من النظر لانفسهم وقوله (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه ايضا
فصل في مسائل الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الاصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الخ) الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لان الشفيع يدعي على المشتري استحقاق الدار) باقل الثمن والمشتري لا يدعي عليه شيئا فخير الشفيع بين الاخذ والترك فاذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وجرأ عن إقامة البينة كان القول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الاقل) والقول قول المنكر مع عينه ولا يتحالفان لانه لم يرد نص ولا هو في معنى النصوص عليه من كل وجه (وان اقاما البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد)

وكذا اذا كان البائع وكسل الغائب للشفيع أن يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لم يتجاوز بيعه لما ذكرنا قال (واذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجدها اعياها فله أن يردھا وان كان المشتري شرط البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ألا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا عليك اسقاطه
*** (فصل) في الاختلاف قال** (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع عينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا بخلافه بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان قال (ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد

فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله بد في الدار وكان المصنف انما ترك ذلك كقول القيد اعتمادا على ان فهمه من تعليل صورة التسليم
فصل في الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقد قدم الاول لان الاصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب البين لذلك في الطرفين ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف ههنا اه واقتضى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان أيضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف ههنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفوا وترادوا فلا جرم لم يجب التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض وأما اذا وقع بعد القبض فعلى الانكار هناك أيضا انما هو جدد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفوا وترادوا وقد مر ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطع بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لان ركز البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكثر ولا يتحالفان لان التحالف عرف بان نص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس اه (أقول) الخلل في كلامه أشد وأظهر فانه قال أولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا

وجد

(قوله اما اذا كانت الورثة كبارا لا يجوز بيعه) أقول اذا لم يكن على الميت دين

*** (فصل في الاختلاف)** قال المصنف (ولا نص ههنا فلا يتحالفان) أقول اذا النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعي عليه شيئا

وقال أبو يوسف للمشتري لأنها أكثر أثباتا فصار كينة البائع) إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة فأنه البائع وكينة الوكيل بالشرا مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فأنه الوكيل وكينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم إذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فأنه المشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة (ولهما أنه) (٤٣٥) لاتنافي بين البينتين) في حق

الشفيع لجواز تحقيق البيعتين مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيعتان ونسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لنا كدفعه فإما أن يجعل موجدتين في نفسه (وله أن يأخذ بأيه ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما إلا بنسخ أحدهما عن الآخر لا يتوالى بينهما مع عقدة انقاس الأول) فالجمع بينهما ما غير ممكن فيصير إلى أكثر مما أثباتا لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالى العقدتين بينهما إلا بنسخ الأول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ما روى ابن سميعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لأن الوكيل مصدر منه إقراران أي بحسب ما توجه البيعتان فكان للموكل أن يأخذ بأيه ما شاء (وأما المشتري من العبد وقد ذكر في السير

وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لأنها أكثر أثباتا) فصار كينة البائع والوكيل والمشتري من العبد وله ما أنه لاتنافي بينهما فيجعل كان الموجد بيعان والشفيع أن يأخذ بأيه ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما ما عقدان إلا بنسخ الأول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد وأما المشتري من العبد وقد قلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم قلنا ان نمنع

وجحد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لأنه عرف بالنص أيضا فيما لا انكار ولا دعوى الا من جانب واحد كما إذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به فاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لأن التحالف فيما لا انكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخر أفاضل القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الحاق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبعد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب حتى العبارة أن يقال فلا يلحق به ليم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لأنها أكثر أثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة انما تسمع من المدعى والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم أن لا تصح بينة المشتري أصلا فلا عن أن ترجع على بينة الشفيع كما قاله أبو يوسف * ثم أقول يمكن الجواب عنه بأن المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعى في الحقيقة إلا أنه مدعى صورة حيث يدعى زيادة الثمن ومن كان مدعى بصورة تسمع بينته إذا أقامها كما في المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الحلف فاما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة الأبرى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة على المودع وهجر عن إقامة البينة عليه فاما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه رد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف أصلا فرجع أبو يوسف بينته بناء على كونها أكثر أثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوفاة في هذا المقام وجبته ما ماذ كرنا مؤيد به ماذ كرهه بقوله لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحتج عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله وله ما أنه لاتنافي الخ وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ حكى أولاها محمد وأخذ بها وحكى ثانيتهما أبو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكرنا في الشروح (قوله وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبايع والموكل كالمشتري منه) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان أراد أن الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري أيضا بمنزلة البائع والمشتري

الكبير أن البينة بينة المالك القديم

(٥٤ - تكمله سابع)

(قوله لجواز تحقيق البيعتين مرة بألف وأخرى بألفين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيعتين مرة بألف وأخرى بألفين (قوله فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بينة الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بينة المشتري قال المصنف (كيف وانها ممنوعة) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يرد وانها ممنوعة

ولم يذكر فيه قول أبي يوسف ولئن سلمنا أن البينة للمشتري فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر إذا لا يصح البيع الثاني هناك إلا بفسخ الأول وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسئلة حكاهما محمد وأخذ بها (قوله ولان بينة الشفيع ملزمة) لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والمزمن منها أولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري عليه غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين أن يأخذ أو يترك وغير المزم مستتر في مقابلة المزم غير معتبر طريقة أخرى له حكاهما أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين بينة البائع والمشتري والوكيل والموكل فان كل واحدة منهم ملزمة فلهذا صرنا إلى الترجيح للزيادة ورغبنا بينة المولى القديم لكونها ملزمة على بينة المشتري من العدو ولانها غير ملزمة قال (واذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع أقل منه الخ) اذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فاما أن يكون مقبوضاً أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعنى غير معلوم للشفيع فان كان غير مقبوض فاما أن يدعى البائع أقل أو أكثر فان كان أقل أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولان (٤٣٦) التملك وجه آخر وانما كان التملك على البائع بما يجبه لانه لو لم يقل بعث لانبث للشفيع شيء

ألا ترى أنه لو أقر بالبائع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول أما ههنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبيئات للالزام قال (واذا ادعى المشتري ثمنًا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطاً عن المشتري) وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع ببعض الثمن وهذا الخط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بما يجبه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فبأخذ الشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع الاكثر يتعاضدان ويتراضدان وأيهما تكل ظهر أن الثمن ما يقوله الاخر فبأخذها الشفيع بذلك وان حلفا بفسخ القاضي البيع على ما عرف وبأخذها الشفيع بقول البائع) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال (وان كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري ان شاء الله لم يلفظ الى قول البائع) لانهما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار هو كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعث الدار بألف وقبض الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به بقوله بعد ذلك قبض الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبض الثمن وهو ألف لم يلفظ الى قوله لان الاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

في بعض الوجوه كما صرحوا به فاطبة فلا يتم الفرق فليتم في الدفع (قوله وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول أما ههنا فبخلافه) أقول يرد على ظاهره ان البيع الثاني لا يصح هنا أيضاً ولا يفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين إلا بفسخ الاول ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضاً قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفي ظهور

ألا ترى أنه لو أقر بالبائع وأنكر المشتري ثبت له حق الاخذ واذا كان كذلك كان القول قوله وان كان أكثر وليس له ما بينة تخالفوا تراذا بالحديث المعروف وأيهما تكل ظهر أن الثمن ما يقوله الاخر فبأخذها الشفيع بذلك وان اختلفا فسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وبأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظر المسلمين لا مبطل لحقوقهم (وان كان مقبوضاً أخذ بما يقول المشتري ان شاء الله لم يلفظ الى قول البائع) لما ذكر في الكتاب

وهو ظاهر وان كان غير معلوم القبض فاما أن يقر البائع بالقبض أو لا فان كان الثاني ولم يذكر في الكتاب فان ظاهر أن حكمه حكم ما اذا كان غير مقبوض وان كان الاول والفرض أن المشتري يدعى أكثر مما يقول البائع والدار في يد المشتري فاما أن يقر أو لا بقدر الثمن ثم بالقبض أو بالعكس فان كان الاول كما لو قال (بعث الدار منه بألف وقبض الثمن أخذها الشفيع بقول البائع) أي بالألف (لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع بتقديره تعلقت الشفعة به) أي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله (قبض الثمن يريد اسقاط حق الشفيع) المتعلق باقراره من الثمن لانه ان تحقق ذلك يبقى أجنبيًا من العقد لانه لا يملكه ولا يد وحينئذ يجب أن يأخذ ما يدعيه المشتري كما تقدم آنفاً ان الثمن اذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشتري وليس له اسقاط حق الشفيع (فرد عليه) قبضت وان كان الثاني كما لو قال (قبض الثمن) وهو ألف لم يلفظ الى قوله وبأخذها بما قال المشتري (لان الاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين) وصار أجنبيًا (وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع اذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف فالقول قوله لان التملك يقع على البائع فيرجع الى قوله وهو ظاهر لانه لم يصير أجنبيًا لكونه ذا اليد وان لم يكن مالاً والله أعلم

فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة كرماء يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لان الثمن تابع (واذا حط البائع عن المشتري) حط بهض الثمن والزيادة يستويان في باب المراجعة دون الشفعة لان في المراجعة ليس في التزام الزيادة حق ابطال حق مستحق بخلاف الشفعة فان في الزيادة فيها ابطال حق ثبت للشفيع بأقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب أن البائع اذا حط عن المشتري بهض الثمن سقط ذلك عن الشفيع وان حط الجميع لم يسقط عنه شيء لان حط البعض ملحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لانه انما يأخذها بالثمن والثمن مابق وان حط به بعد رجوع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلحق بأصل العقد لا يخرج العقد (٤٣٧) عن موضوعه وقد بينه في البيوع في

فصل قبيل الربا وباقى كلامه ظاهر (قوله ومن اشترى دارا بعرض) أى متاع من ذوات القيم كالعبد مثلا (أخذها الشفيع بقيمتها) أى بقيمة العرض (لانه من ذوات القيم وان اشترى عبدك أو موزون أخذها بعينه لانه من ذوات الامثال) وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن فان كان له مثل صورة ملكه بها والا فمثل من حيث المالية وهو القيمة وقوله (بالقدر الممكن) يشير الى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحزر والظن ففيها جهالة وهي تمنع من استحقاق الشفعة الأتري أن الشفيع لو سلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتا بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت مما يعصرف بالحزر والظن ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال (واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لان حط البعض يلحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن مابق وكذا اذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع (وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع) لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بها دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له وتطير الزيادة اذا حدد العقد بأكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال (ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمتها) لانه من ذوات القيم (وان اشترى عبدك أو موزون أخذها بعينه) لانهم من ذوات الامثال وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال

الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضى تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول أما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنالك الفسخ في حق المتعاقدين والذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول بمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين وأما هنا فبخلافه أى لا يظهر في حق الثالث وغرر هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العدو بالثمن الثاني وأما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأى الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعاً ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع يتعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الإخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافتقروا لحل هذا المقام بهذا الوجه عما فهم وقد أهمل الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع

فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه عن الثمن تابع كذا في الشروح (قوله وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه) أقول كان الظاهر أن يقول بمثل ما يملك به لان الشفيع انما يملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع

فلا يكون معتبراً بخلاف البيت فان أخذ به ثمن معلوم ممكن فكانت الجهة المانعة

* (فصل فيما يؤخذ به المشفوع) (قوله قبل القبض سقط ذلك) أقول أى قبل قبض المشتري الثمن من الشفيع (قوله والثمن مابق) وإذا حط بعد رجوع الشفيع الخ) أقول لفظة ما في قوله مابق موعودة والضمير في قوله بعد رجوع الى القبض في قوله اذا حط عن المشتري بعض الثمن قبل القبض (قوله لا يخرج العقد عن موضوعه) أقول لانه يصح بيعه لأنه يبقى عليك بلا عوض ولا شفعة في الهبة (قوله لا يرى أن الشفيع لو سلم الدار الخ) أقول فيه تأمل فان التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه نظره تأمل (قوله على أن يأخذ منها) أقول أى بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

وقوله (وان باع عقارا بعقار) ظهر وجهه مما تقدم (واذا باع بثن مؤجل) الى أجل معلوم (فالشفيع الخيار ان شاء أخذها بثن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها) وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له ان يأخذها في الحال بثن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي) القديم (لان الاجل وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة به) أي بالثن (٤٢٨) (فياخذ به بأصله ووصفه كافي الزيف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط

(وان باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذ بقيمة قال (واذا باع بثن مؤجل فالشفيع الخيار ان شاء أخذها بثن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة به فياخذ بأصله ووصفه كافي الزيف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفه لتبعه فيكون حقا للبائع كالثن وصار كما اذا اشترى شيئا بثن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذ كر كذا هذا ثم ان أخذها بثن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باع بثن حال وقد اشترى مؤجلا

الذي يملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو الباع فلا بد من ذكرها ههنا واقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتمثل بمثل ما يتمثل به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اه (قوله) وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة قال صاحب العناية هذا دليل آخر تفديده لا بد في الشفعة من الرضا لكونه مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملافة بفتح الميم وهو مصدر ملأ الرجل بالضم واقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا لتفاوت الناس في البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصف في الثمن) جواب عن قول زفر وجهه أن وصف الشيء يتبعه لاحتماله وهذا ليس كذلك (لانه حق المشتري) والثن حق البائع وقوله (وصار كما اذا اشترى شيئا) ظاهر وقوله (لما بينا) إشارة الى قسوله لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في أوخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثن مؤجل الخ) قوله

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول الاظهر انه جواب عما يقال بالشرط وان لم يثبت صريحاً فقد ثبت دلالة لان الرضا تأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس في الملافة) أقول أي في الغنى قال المصنف (وليس الاجل وصف الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الاجل في باب التحالف

يوهم أن الشفيع يملكه يسع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل يقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط في حقه وقوله (وان اختار الانتظار) ظاهر وقوله (لقول أبي يوسف الآخر) احتراز عن قوله الاول وروى ابن أبي مالك أن أبا يوسف (٤٣٩) كان يقول أولا كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها

عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بئس مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لعدم الفائدة في الطلب لا اعراضه عن الاخذ ووجه قوله ما وقوله أولا ما ذكره في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به وأما الاخذ فانه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله (وهو متمكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لان المقصود به الاخذ لئن كان فلان تسليم أنه ليس بمتمكن من الاخذ

وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث التقديرة وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد خلا لقول أبي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بئس مؤجل الخ يوهم أن الشفيع يملك بيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقى مع من ثبت الشرط في حقه اه واقتضى أثره الشارح العيني (أقول) هذا خبط فاحش منه ما مداره عدم الفرقين ما اذا قبضها المشتري فأخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة أم بعد قد بدت انما هو فيما اذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وأما فيما اذا أخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقبل أحد بأن انتقلها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له أصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى اليه قول المصنف في وأخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ اه فالصواب أن قول المصنف ههنا ثم ان أخذها بئس حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيهما من أن العقد يفسخ في حق الاضافة الى المشتري وتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار فان قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بئس مؤجل كما كان اشارة الى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقى موجبه فصار كما اذا باعه بئس حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى أن تلك الشفعة في هذه الصورة بعقد جديد كانه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض اه فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على مني منهما أصلا (قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال) بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع (قال صاحب العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لان تسليم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلان تسليم أنه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل الدليل لقول أبي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي الجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره وأما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير يرجمه بالافقه من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يسع حل كلام المصنف عليه وأما ثالثا

في الحال بل هو متمكن منه بأن يؤدي الثمن حالا

(قوله لان الطلب انما هو للاخذ) أقول وهو المقصود من الطلب قال المصنف (وهو متمكن من الاخذ في الحال) أقول وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال (قوله وتقريره لان تسليم الخ) أقول فيه بحث الآن المراد الاخذ في الحال

قال (واذا اشترى ذى دارا بخرم أو خنزير وشفعيها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفعيها ذى احتراز عما إذا كان مرتدافا له شفعة له سواء قتل على رده أو مات أو طلق بدار الحرب ولأول رتبة لأن الشفعة لا تورث (وان كان شفعيها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعنى لكونه من ذوات القيم واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير ولهذا لا يعسر العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفعين واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما إذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع (٤٣٠) الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما إذا اختلف

الشفيع والمشتري في مقدار الثمن وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لقوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفعين في الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط تبقاء الشفعة وباقى كلامه ظاهر قال

(فصل) * الأصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن الذى اشتراه به

قال (واذا اشترى ذى بخرم أو خنزير دارا وشفعيها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لأن هذا البيع مقضى بالصفة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذى والخمر لهم كالحل لنا والخنزير كالشاة فأخذ في الأول والمثل والثاني بالقيمة قال (وان كان شفعيها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لا تمتنع التسليم والتسلم في حق المسلم فالحق بغير المثل وان كان شفعيها مسلما وذنبا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا بالنصف بالكل فلو أسلم الذى أخذها بنصف قيمة الخمر لجزء عن ثلث الخمر وبالإسلام بتأ كد حقه لأن يبطل فصار كما إذا اشترى بكثر من رطب فحضر الشفعين بعد انقطاعه بأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

(فصل) قال (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه)

فلان قوله ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بممكن من الأخذ في الحال بل هو ممكن منه بأن يؤدي الثمن حالا عملا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسئلة لأن دليله على ما ذكر في المسبوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية بنفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للأخذ وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الأخذ بعد حلول الاجل أو الأخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكونه لأنه لم يرفيه فائدة لا لاعتراضه عن الأخذ انتهى ولا يذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الأخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدي الثمن حالا لا يجدى طائلا في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه فان أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه وليس يلزمه البتة وخلاف أبي يوسف في قوله الآخر فيما إذا لم يحتر الشفعين أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق أن يحمل قول المصنف وهو يتمكن من الأخذ في الحال الخ على تميم دليل أبي حنيفة ومحمد رجهما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذوا من المسبوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر وجهه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

(فصل) مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل

الغير

المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه

(قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفعين واجبة) أقول وتقدير الجواب في شرح الكاكي هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير بمعنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا لبطاله حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متضمنا لابطال حق الغير وفي مسائلنا يتضمن ابطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما إذا مر على العاشر ٥١ وفي شرح الكنزير يلغى انما يحرم عليه تملكها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير أو ما إذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا يدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمة يدل الدار فلا يحرم عليه تملكها

(فصل) * واذا بنى المشتري

وعن أبي يوسف أنه لا يكف القلع ويخبر بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك (وهو أحد قول الشافعي وله قول آخر وهو أنه أن يقلع ويعطى قيمة البناء ولا ييوسف أنه يحق في البناء لأنه بناء على أنه ملكه والحق في شيء لا يكف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فإنه إذا بني ليس للواهب (٤٣١) أن يكفه القلع ويرجع في

الأرض وبالمشتري شراء فاسد إذا بني وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكفه قلع الزرع انفاقا (وهذا) أي ما قلنا أنه لا يكف (لأن) في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين (ضرر المشتري وهو القلع من غير عوض يقابله من غير عوض يقابله) وهو (بمحمل الأدنى) زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما يقابلها وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجهه) ظاهر الرواية أن المشتري بني في محل يتعلق به حق مؤكده للغير) بحيث لا يقدر على إسقاطه جبرا (من غير تسليط من جهة من له الحق) وكل من بني في ذلك نقض بناؤه كالأهني إذا بني في المهرهون وقوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء الفاسد فإن بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفيع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بياناً لكون حق الشفيع

وعن أبي يوسف أنه لا يكف القلع ويخبر بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك وبه قال الشافعي الآن عندنا أنه أن يقلع ويعطى قيمة البناء لا ييوسف أنه يحق في البناء لأنه بناء على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً وكذا إذا زرع المشتري فإنه لا يكف القلع وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بمحمل الأدنى فيصار إليه ووجه ظاهر الرواية أنه بني في محل يتعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالأهني في المهرهون وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة الغيرة فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بمحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا أي وهذا المدعى الذي قلنا وهو أن لا يكف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسره سائر الشراح أيضاً ولكن بهارات شتى فقال صاحب العناية أي ما قلنا أنه لا يكف وقال صاحب الكفاية أي قول أبي يوسف أنه لا يكف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أي القول بعدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائل أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أي المشار إليه بكلمة هذا في قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ أصل مدعى أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ دلالة عليه فينبغي أن يقول ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الخ على ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان انتهائ أسئلة هذا المسألة إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الأنية والملية وإن كان أصل المدعى واحداً وكان ما صار الدليلين على شيئين مختلفين فيمكن هذا على ذكر منسك فإنه ينفعك في موارد ما وقد كنت نهت عليه من قبل أيضاً فلا تغفل (قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتعلل بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكمهم بما حكم لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فإن المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث ثبتت الملك أولاً للمشتري ثم ثبتت منه إلى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري في التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره هناك تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك والتملك مغايراً للاستحقاق ومؤخر عنه إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن للشفعة أحوالاً ثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وإن الأول ثبت باتصال الملك بشرط البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين إذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من

متأكداً (لأنه) أي الشفيع (يتقدم عليه) أي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجداً أو مقبرة فكذلك أن نقض تصرفاته غرساً وبناءً وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليط من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند أبي حنيفة

(قوله فإنه ليس له أن يكف قلع الزرع) أقول يعني ليس للشفيع أن يكف الخ

لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف

الشرح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيه تسليطا من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف على الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجه آخر معطوفا على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليل الخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندى أن قوله بخلاف الهبة المتصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهري واية فالمعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهري واية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لانه حق أقوى من حق المشتري فيتم التعليلان مع ابلاغه وقال جهو والشرح انما قيد بقوله عند أبي حنيفة رجحه الله لان عدم جواز الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول أبي حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضا فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هـ ببقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينافي في قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في أنه لا يكاف القلع كما هو مذهب أبي يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور بمجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غايه البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهبه في حنفية قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المزبور لم يذ كر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون مجرد الاحتجاج على الخصم سبيعا على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد * ثم أقول الاوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب الغايه هناك عن الايضاح حيث قال وذ كر في الايضاح ان قول أبي يوسف هـ هذا هو قوله الاول وقوله آخر مع أبي حنيفة اه وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكاف القلع الخ وهذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذ كر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار ان شاء أخذها باليمن وقبضة البناء والفرس وان شاء كلف المشتري قلعها وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذ كر في غايه البيان وان قد كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن أحد قولي أبي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت فتدبر

لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري في المشتري انما هو قوله وأما عندهما لانه الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية (قوله ولان حق الاسترداد) معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيهما) أي في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)

(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أي حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكاليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولان لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (فلا معنى لاجباب القيمة) راجع الى أول الكلام يعني اذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لاجباب القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المستحق والمشتري اذا بنى أو غرس (٤٣٣) ثم استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة

البناء والغرس على البائع دون المستحق فكذلك ههنا وقوله (والزرع يقطع) جواب عن قوله وكذا اذا زرع المشتري ولم يجب عن قوله لان في اجباب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين لأن قوله وهذا لان حقه أقوى

من حق المشتري تضمن ذلك لان الترجيح بدفع أعلى الضررين بالآهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة لان حق الشفيع مقدم وطولب بالفرق بين بناء المشتري في الدار المشفوعة وصيغها باشياء كثيرة فان الشفيع بالخيار بين أن يأخذها ويعطي ما زاد فيه بالصغ ويبن أن يتركها وأجيب بأنه أيضا على الاختلاف ولو كان بالاتفاق فالفرق أن النقص لا يتضرر به المشتري كبر السلامة النقص له بخلاف الصغ وقوله (واذا أخذ بالقيمة) معطوف على مقدردل عليه التخيير وتقديره الشفيع بالخيار ان شاء كلف القلع وان شاء أخذه بالقيمة فان كلفه فذلك وان أخذ بالقيمة يعتبر قيمته مقلوما كإيناء في الغصب

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لاجباب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقطع قياسا وانما لا يقطع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوما كإيناء في الغصب (ولو أخذها الشفيع فبني فيما أو غرس ثم استحق رجوع بالثمن) لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لأعلى البائع ان أخذهامنه ولا على المشتري ان أخذهامنه وعن أبي يوسف انه يرجع لانه ممتلك عليه فترلا منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غاية البيان هذا ايضا لحق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لأعلى مذهب أبي يوسف فكيف يحجج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ولا ييوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندى حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد اه (أقول) نظر مساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد أن بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور ثابتا مدعا كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كإذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحجج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه وأجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولان لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الأول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لجل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية وأما في الثاني فلان الظاهر أن الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسلط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا أول فكيف يبقى عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامه تبصر تفهم (قوله والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه) أقول كان الاولى

(٥٥ - تكمله سابع) (ولو أخذها الشفيع فبني فيما أو غرس فاستحق الارض رجوع بالثمن) لا غير أخذه من البائع أو المشتري (لانه تبين أن أخذه كان بغير حق) وعن أبي يوسف أنه يرجع بقيمة البناء والغرس أيضا لانه ممتلك عن المشتري فترلا منزلة البائع والمشتري ثم المشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع (والفرق على المشهور) من الرواية ما ذكره (أن المشتري مغرور) ومسلط على البناء والغرس (من جهة البائع) ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل هو والاتقاني

قال (واذا انهدمت الدار الخ) كلامه (٤٣٤) ظاهر والتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال انهم يعني أئمتنا زعموا أن البناء اذا

احترق لم يسقط ثمن من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكانهم اعتبروا فعل الماهدون النار تعسفا لقلة التأمل فان منشأ الفرق ليس فعل الماء وانما منشؤه ان البناء وصف والاوصاف لا يقابلها ثمن من الثمن اذا فان من غير صنع أحد وما بعض الارض فليس بوصف لبعض آخر فلا بد من اسقاط حصته ما غرق من الثمن (وان نقض المشتري البناء) فالشفيع ان شاء أخذ العرصة بمحضها من الثمن وان شاء تركه لان البناء صار مقصودا بالاتلاف ويقابله ثمن من الثمن وقد صرف البيوع (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مقصودا فلم يبق تبعا فبقى منقولا ولا شفعة فيه وقوله (ومن ابتاع أرضا) ظاهر وقوله (وما كان من كفايه) يعني مثل الابواب والسرر المركبة وقوله (على ما عرف في ولدا البعثة) يعني أن الجارية المبيعة اذا ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسرى حكم البيع الى الولد حتى يكون الولد ملكا للمشتري كالام وقوله (في الفصلين) يريد به ما اذا كان في النخل ثم غرقت الشرا ثم جذه المشتري وما اذا لم يكن ثم غرثم جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (في الكتاب) يعني مختصر القدوري والله أعلم

قال (واذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن) لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذلك فلا يقابلها ثمن من الثمن ما لم يصرم مقصودا ولا هذا جازي بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال (وان شاء تركه) لان له أن يمنع عن تلك الدار بماله قال (وان نقض المشتري البناء قبل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بمحضها وان شئت فدع) لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها ثمن من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك باق فله سماوية (وليس للشفيع أن يأخذ النقض) لانه صار مقصودا فلم يبق تبعا قال (ومن ابتاع أرضا وعلى نخلها ثم أخذها الشفيع بثمرها) ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذلك وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بقبض الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذلك كرفاشه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان من كفايه فيأخذه الشفيع قال (وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل عرفا ثم في يد المشتري) يعني يأخذه الشفيع لانه مبسوع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولدا البيع قال (فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا) لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مقصودا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب (وان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته) قال رضي الله عنه (وهذا جواب الفصل الاول) لانه دخل في البيع مقصودا فيقابلها ثمن من الثمن (أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن) لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الاتبعاف لا يقابلها ثمن من الثمن والله اعلم

أن يقال ولا غرور ولا تسلط في حق الشفيع لامن البائع ولامن المشتري ليم ما أخذه من البائع وما أخذه من المشتري وبطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لاعلى البائع ان أخذه منه ولا على المشتري ان أخذه منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تلك عن صاحب البدع جبر بغير اختيار منه وقال في النهاية نقل عن المسوط ولا غرور في حق الشفيع لامن جانب البائع ولامن جانب المشتري لانه تلك عن صاحب البدع جبر بغير اختيار فلا يرجع له ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لانه أخذ جبرا لانه لا يتبشى فيما أخذ بالتراضي بل لانه ليس بغيره والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور ومن جهته (أقول) ليس ذلك بشئ لان قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه أيضا أخذ ذلك القيد في تعريفها حيث قال في مثله الشفعة تلك مبسوع عقار جبر بمثل عنه وفسر في شرحه قيد جبر بمعنى يوم صورة الأخذ بالتراضي أيضا حيث قال يعني لا يعتد باختباره لانه يعتبر عدم اختياره ولا يخفى أن توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يحل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتماثل ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الاول واعتبار عدمه في الثاني تأمل تقف بتي شئ في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو انه ينبغي كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بأن مداره الغرور وعدم الغرور ولفظا قل أن يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نفاه وان كان سببه غير ذلك فهو غير واضح سيما بين الشفيع

جاء الشفيع لاتحاد العلة وهو عدم الاتصال لان التبعية كانت به وقد زالت وقوله (في الكتاب) يعني مختصر القدوري والله أعلم

(قوله تعسفا لقلة التأمل) أقول قوله تعسفا اسم أن في قوله والتأمل فيه يرشد الى أن في قول من قال الخ

﴿ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ﴾

* (باب ما تجب فيه
الشفعة وما لا تجب)*

ذكر تفصيل ما تجب فيه
الشفعة وما لا تجب بعد
ذكر الوجوب بجملة لان
التفصيل بعد الاجمال
قال (الشفعة واجبة في
العقار الخ) (الشفعة واجبة
أي ثابتة في العقار وهو ماله
أصل من دار أو ضيعة
(وان كان مما لا يقسم) أي
لا يحتمل القسمة كالحمام
والرحى وانما يؤخذ
بالشفعة ما كان متصلا
بطريق الشفعة فلا تؤخذ
القصاص مع الحمام لانها غير
متصلة والمراد بالرحى بيت
الرحى والربع الدار والحائط
البيتان وأصله ما أحاط
به والحسب بسكون السين
وفتحها في معنى القدر
واختار الجوهري الفتح
وقال انما تسكن في ضرورة
الشعر وقوله (اذا لم يكن
طريق العاوية) لبيان أن
استحقاق الشفعة للعاو
بسبب الجوار لا بسبب
الشركة وليس لنفي الشفعة
اذا كان له طريق في السفلى
بـل اذا كان له ذلك كان
استحقاقها بالشركة في
الطريق لا بالجوار فيكون
مقدما على الجار

* (باب ما تجب فيه
الشفعة وما لا تجب)*

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي لاشفعة فيما لا يقسم لان الشفعة
انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل
شيء عقار أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر
سوء الجوار على ماله وانما ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال
(والشفعة في العروش والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربع أو حائط وهو حجة
على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في
المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر لاشفعة في البناء والنخل
اذا بيعت دون العروسة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث
يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفن اذ لم يكن طريق العاوية لانه بماله من حق القرار التحق
بالعقار

الاخذ بخصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بأن يقال سبب غرور المشتري التزام
البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع
فيرجع عليه بالنقص وقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة اهـ والظاهر أن
نقص الشفيع وان رضى بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترا فاقه الموفق للصواب واليه المرجع
والمآب

﴿ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ﴾

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب بجملة لان التفصيل بعد الاجمال
كذا في الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار
أو ضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما ياباه نفاها الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة
وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شيء عقار أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به
في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف
يقضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا أن يجعل ما في
الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى
لكن التكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة أو مما لم يسمع قط * ثم أقول
قال الامام الطبري في المغرب والعقار الضيعة وقبل كل ماله أصل من دار أو ضيعة اهـ فعمل ما وقع
في الحديث المذكور وارد على أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند
صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثاني منهم ما فكأنهم
اختاروه ههنا لكونه المناسب لأقسام من الشفعة كما ثبتت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها أيضا
على ما صرحوا به * ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الرأوا العقار بالفتح الارض
والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار اهـ وقال في فصل الضامن باب العين من الصحاح
والضيعة العقار والجمع ضياع اهـ (أقول) في كلامه اختلال لانه فسر العقار أو لا بما يشمل الاقسام
الثلاثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلم يفسر الاخص
بالاعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروش والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربع
أو حائط) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر أن وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أنه عليه الصلاة

(والمسلم والذي فيها سواء) وقال ابن أبي ليلى الشفعة رفق شرعي فلا يستحقها من يشكر الشرع وهو الكافر ولذا العمومات من غير فصل والاستواء في السبب والحكمة وهي دفع ضرر سوء الجوار وذلك يقتضي الاستواء في الاستحقاق (ولهذا قلنا يستوى فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير) وقال لاشفعة للصغير لانه لا يتضرر بسوء المجاورة قلنا ان لم يتضرر في الحال يتضرر في المآل (و يستوى الباني والعاقل والحر والعبد اذا كان مأذونا (٤٣٦) أو مكاتباً) فان كان البائع غير المولى فللعبد المأذون الشفعة مديونا كان أو لا وان كان هو

المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة عنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة) لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بعنل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر قال (ولاشفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالف المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عم أو يعتق عليها عبداً) لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعراض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها

والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربيع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فبرده عليه ان مقتضى ذلك الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربيع وحائط أيضاً كضعة خالية من الأولاد كذا قطعاً فكيف يتم التملك به فان قلت يمكن أن يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بأن يكون المراد به قصر ثبوتها على ربيع وحائط بالاضافة للعروض والسفن لا قصره عليه ما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا مرداً لمخذور الزبور قلت من أين تفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيئاً مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور وبصريحه على مالك في ايجاب في السفن كما ذكره المصنف فتأمل (قوله) واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بعنل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم أن الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بعنل ما تملك به المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالاً فان الشفعة قد قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ به بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض وكان سبباً غير السبب الذي تملك به الممتلك اهـ (أقول) لقائل أن يقول لم لا يجوز أن يأخذ به لا بعوض بالسبب الذي تملك به الممتلك وهو الوصية بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضا الوهاب والممتلك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع أخذه بلا عوض لأننا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضا الممتلك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضا كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تأثر بالحديث عدم رضا الممتلك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وأمثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بـمال لانها تنبت بخلاف القياس بالأثار في معاوضة مال بـمال فقطصر عليها (قوله) وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعراض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها قال في العناية وهي مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع

المولى فان كان عليه دين فله ذلك والا فلا وهذا لان الاخذ بالشفعة عنزلة الشراء وشراء العبد المأذون المديون من المولى جائز دون غيره قال (واذا ملك العقار بعوض هو مال الخ) قد تقدم ان الشفعة انما تجب في العقار ومن شرطها أن تملك عاها هو مال (لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بعنل ما يملك المشتري صورة في ذوات الامثال أو قيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالاً فان الشرع قد قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ به بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو أخذه أخذه بعوض وكان سبباً غير السبب الذي تملك به الممتلك وعلى هذا (لاشفعة في الدار يتزوج الرجل عليها أو يخالف المرأة بها أو يستأجر بها داراً أو غيرها أو يصالح بها عن دم عم أو يعتق عليها) أي غير دار من عبد أو طائف وبصالح

بها عن دم العمد أو يعتق عليها عبد لان الشفيع لا يقدر على تملك هذه الاشياء للمشتري حتى يتحقق التملك بعنل ما تملك به وكان تفريع هذه المسائل على الاصل المذكور وهو قوله لانه أمكن مراعاة شرط الشرع الخ كافياً ولكنه استدلل عليه بدليل مستقل وهو قوله لان الشفعة عندنا انما تجب الخ استظهاراً وعند الشافعي تجب فيها الشفعة

(قوله واجبة وهي انما يمكن اذا كان العوض مالاً) أقول قوله واجبة خبران في قوله لان مراعاة شرط الشرع الخ (قوله كافياً) أقول خبر كان في قوله وكان تفريع هذه المسائل الخ

لان هذه الاعراض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق (ان تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلاً) وقوله أى قول الشافعي رحمه الله (يتأق فيما اذا جعل شقصاً من دار مهوراً أو ما يضاهاه) أى ما يشابه المهر كبذل الخلع والاجر (لانه لا شفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى الشفعة لاني الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالحمام (ونحن نقول) جواب عن جعل هذه الاعراض متقومة ونقرر به أن تقوم هذه الاعراض اما أن يكون مطلقاً وضروياً والاول ممنوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) وانما أفرد هـ لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بما لاي فضل عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرية والجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العرق اسقاط وازالة الدم ليس الاحق الاستيفاء وليس من جنس (٤٣٧) ما يتوكل به ويدخر وقوله (وعلى هذا) لبيان أن الفرض عند العقد وبعبه سواء في كونه مقابلاً بالبيع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعترض بأن البيع بمهر المثل فاسد لجهالة ولا شفعة في الشراء الفاسد وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهالة في الساقط لا تنفي الى المنازعة والمفسدة ما أفضت اليها ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار) أى في شئ منها (وقال لا تجب في حصة الألف) تقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالية في حقه) أى في حق ما يخص الألف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى

ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلاً وقوله يتأق فيما اذا جعل شقصاً من دار مهوراً أو ما يضاهاه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعرق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهوراً لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبيع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة وقال لا تجب في حصة الألف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل فكذا في البيع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع داراً وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعاً فيه

والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق اه (أقول) في قوله وقيمة الدار تطرأ الكلام في قيمة الاعراض التي جعلت بدل للدار في الصور المذكورة لاني قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العبد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العبد على زعمه لاقية الدار لا يقال لما جعل دم العبد عوضاً من الدار صارت قيمته قيمة الدار لانا نقول لواقضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعراض المذكورة في الصورة المذكورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضاً من الدار ولم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضاً ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجال ما قلنا قال كأن الكلام في قيمة الاعراض لاني قيمة الدار والعبد فتأمل اه (أقول) لم يصح في زيادته العبد والحاقة بالدار في المؤاخاة فان العبد مأخوذ في جانب الاعراض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام في قيمة الاعراض لا يتأق اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لنفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوماً لا بدله من المصير الى قيمة العبد في تقويمه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فيسجي من بعد (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) قال في العناية انما أفرد هـ لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بما لاي فضل عن التقوم اه (أقول) فيه

البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان البيع أصلاً يفسد كما لو قال بعت منك هذه الدار ألف على أن تزوجني نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه إشارة الى دفع ما يقال الشفعة تنفي الى المبادلة المالية وأما أن تكون هي المقصودة فمنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفاً فاجبر ربح ألفاً ثم اشترى بالقرين داراً في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تسع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للوكيل على ما يجبي فكذا في حصة الربح وهو البيع

(قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام في قيمة الاعراض لاني قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفرد هـ) أقول فيه شئ لا يخفى جوابه قال المصنف (ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) أقول تأمل في التغيرات الدليلين

قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) عطف القدرى قوله أو يصالح عليها بانكار على قوله أو يعتق عليها بعد امن الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس يصحح بلفظ عليها كالموقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذ حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا) يعني في قوله بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأساً (الأن يكون بعوض مشروط) في العقد ولا بد من القبض فإنه إذا وهب داراً لرجل على أن يهب له الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع مالم يتقاضا (ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة) لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد فإنه لا تنبت الشفعة لافي الموهوب ولا في العوض أن كان العوض داراً (لأن كل واحد منهما مطلقاً عن العوض لأنه أنيب منها فامتنع الرجوع) (٤٣٨) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه يمنع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع

قال (أو يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكاره كان قوله أو يصالح عليها لأنه إذا صالح عنها بانكاره في الدار في يده فهو يزعم أنهم لم تزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال اقتداءً بيمينه وقطعاً لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحاً بخلاف ما إذا صالح عنها باقرار لأنه معترف بالملك للمدعي وإنما استفادته بالصالح فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها باقراراً وسكوتاً أو انكاراً وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال (ولا شفعة في هبة لما ذكرنا لأن تكون بعوض مشروط) لأنه يبيع انتهاءً ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقاً لأنه أنيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يمنع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك (وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة بتبني عليه على ما هو وإذا أخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وإن بيعت داراً إلى جنبها والخيار لأحدهما فلا الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر لبقائه ملكه في التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه اشكال أو فسخناه في البيوع فلا نعيده

منع الشفعة كما في البيع الفاسد فلا يمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن الزوال (ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح) لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه هو السبب (قوله وإن اشترى بشرط الخ) ظاهر وقوله (على ما هو) إشارة إلى قوله من قبل ويجب بعقد البيع إلى أن قال والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ (قوله وإذا أخذها) أي أخذ الشفيع الدار في مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري

بحث لأن غنامه يتوقف على كون سائر الاعراض المذكورة مالا وإن لم تكن متقومة وليس الأمر كذلك فإنها أيضاً ليست بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعراض ليست بأموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح إن المنافع ليست بأموال على أصلنا والحق عندني في تعليل أن تقومهما بعد أن يقال لانهما ليسا بمنفعة أصلاً أي لا بالقوم الضروري ولا بغير الضروري كما هو أنفاً (قوله وفيه اشكال أو فسخناه في البيوع فلا نعيده) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ

دون الشفيع وإن بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما أي لأحد المتعاقدين من البائع أو من المشتري (فله الأخذ وقبل بالشفعة) أما البائع فظاهر لبقائه ملكه في التي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نقضاً لبيعته لأنه قرر ملكه واقرار البائع على اقراره ملكه في مدة الخيار نقض للبيع لأنه لو لم يجعل نقضاً لكان إذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة وتبين أنه أخذها بغير حق (وكذا إذا كان الخيار) للمشتري (وفيه اشكال) وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أبي حنيفة أن المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار والشفعة لا تستحق إلا بالملك فكان تناقضاً وقوله (أو فسخناه في البيوع) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل فيه جواب الاشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها الخ وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راجحة كانت في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واضحة في كفاية المنتهي ولو كان الخيار لهما لم تنبت الشفعة لأجل خيار البائع لأجل خيار المشتري

(قوله وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بحجب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى) يعني التي اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أي للشفيع أن يأخذها دون الثانية وهي التي أخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع داراً ثم أفساداً) أول كلامه ظاهر وفي قوله ومن ابتاع داراً ثم أفساداً تلويح إلى أن عدم الشفعة أنما هو فيما إذا وقع فساد ابتداءً لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحى حتى الشفعة باقية على حاله ألا ترى أن النصرا في إذا اشترى من نصرا في داراً بخمر ولم يتقاضا حتى أسلم أو أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخرفانه يفسد البيع وحق الشفع في الشفعة باقية لانفساده بعد وقوعه صحى (قوله وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) (٤٣٩) يعني الأخذ بالشفعة واعتراض

عليه بأنه لا يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفع كما يثبت في حقه الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار فيثبت البيع في حقه بلامفسد ليصل إلى حقه ولا يلزم تقرير الفساد وأجيب بأن فساد البيع انما ثبت لغنى راجع إلى العوض اما بالشرط في حقه أو الفساد في نفسه كجعل الخمر عوضاً فلو اسقطنا العوض لفسد فيه رجع البيع بلا عن وهو فاسد وما يلزم من فرض عدمه وجوده فهو موجود فلا يمكن انفكاك البيع الفاسد عن مفسد وأما البيع الصحيح فيمكن وجوده بلا شرط خيار وقوله (بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح) جواب عما

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بحجبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع داراً ثم أفساداً فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلم يعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار أخص به تصرفاً وفي البيع الفاسد ممنوع عنه

وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال واثمة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقبل في بيع هذه الكتاب فيجوز أن يكون أَوْضَحُهُ في كفاية المنتهى كذا في العناية أخذ من معراج الدراية (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا نعبد به أبى عن أن يكون مراده بقوله أَوْضَحُهُ في البيوع ايضاحه في بيع كفاية المنتهى لان ذكره في كتابه هذا بعد أن ذكره في كفاية المنتهى لا بعد اعادته والازم أن يكون أكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها مسند كورة في كفاية المنتهى (قوله ومن ابتاع داراً ثم أفساداً) قال صاحب العناية وفي قوله ومن ابتاع داراً ثم أفساداً تلويح إلى أن عدم الشفعة انما هو فيما إذا وقع فساد ابتداءً لأن الفساد إذا كان بعد انعقاده صحى حتى الشفعة باقية على حاله ١٥ وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التسليم حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار ١٦ (أقول) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد فيما إذا وقع في ابتداء العقد يوجد أيضاً فيما إذا وقع بعد انعقاده صحى بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأجلى لان الفساد يحصل فيها بعد أن لم يكن في ابتداء العقد وأما في الصورة الأولى فهو حاصل في الابتداء والانهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة إلى الصورة الثانية فجبرد الاثبات بالجملة الفعلية ان لم يكن ملزوماً إلى الثانية فلا أقل من أن يكون ملزوماً إلى الأولى والصواب أن وجه التسليم إلى ذلك هو انه جعل قوله ثم أفساداً قيداً للابتاع الذي هو أصل العقد فعلم به أن المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطارئ وهذا مما لاستترابه (قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد)

يقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للمشتري قائم ولم يمنع حق الشفعة وتقرير الجواب أن مشتري ذلك صار أخص بالبيع تصرفاً حيث يتعلق بتصرفه الفسخ والإجازة وذلك يوجب حق الشفعة كالأذن والمكاتب إذا بيعت داراً بحجبها وفي الفساد المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وان كان محتملاً فيمكن في الخيار للمشتري علك التصرف في الحال على وجه يزيل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفساد لا يمكن لانه ممنوع عن التصرف

(قوله تلويح إلى أن عدم الشفعة الخ) أقول حيث أتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار (قوله أو قبض الدار ولم يقبض الخ) أقول حتى أسلم أو أسلم أحدهما (قوله يعني الأخذ بالشفعة) أقول الاظهر يعني اثبات حق الشفعة (قوله فلو اسقطنا العوض لفسد فيه الخ) أقول فيه بحث اذ الحاجة إلى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كافي خيار الشرط واعتبار قيم مثل الخمر قدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا (قوله من فرض عدمه وجوده) أقول فيه بحث

واعترض بأننا لانسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع مع بيعه صحيحا ولا يبق لبائعه حق النقص وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بأننا لانسلم أن له ذلك بل هو منهي عنه وقد يترتب على المخطور من الأحكام كالموطأ حالة الحيض فانه يحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور بنقضه من الشرع ممنوع وفي شرع الشفعة في البيع الفساد ذلك والبيع المخطور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقريره كان كافيا وورد الخيار للمشتري كان يدفع بقوله لدفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع ولكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير مخطور أو على من صار أحمق بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار وان لم يكن مالكا فهو أحمق بالتصرف والمشتري شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فسخ البائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو) أي المشتري (شفيعها لان الملك له) لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لا نقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا (٤٤٠) مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبتت الشفعة ثم لا تنقل

قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة) لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فسخ الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط بقبول المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

واعترض عليه بأنه لم يجوز أن لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وأجيب عنه بأن فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر غنما لو أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا عيب وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك وأما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتأمل والتروي فباسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خياره اذ زبد ما في الشرع وأورد بعض القضاة على قولهم فلا أسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا عيب حيث قال فيه بحث اذا الحاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر تدبر اه (أقول) ليس هذا بشئ لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور أما الاول فلا ان اسقاط

الشراء الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقريره فلا يجوز فان قيل الملك وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع محقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما يثبت به حق الشفعة وهو المشتري شراء فاسدا فان بقاء ذلك منفع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المانع عن الشفعة كقيام حق المرتبة في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع

الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقريره هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم ان سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) للبائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقه به (كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم به ليس بشرط (وان استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته المشتري لانقطاع ملكه عما استحقه به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا (وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط

(قوله واعترض بأننا لانسلم انه الخ) أقول لفظ الاخص يتكفل بدفع هذا الاعتراض فانه لا يبق تصرف للبائع فيما اذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فليتأمل فان قوله في الفساد ممنوع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأننا لانسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المانع بالمانع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لانسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى الخ) أقول واستظهر أيضا وقد سبق مثله في هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمنا

قال (واذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) وإذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجري فيها جبر القاضى والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) (٤٤١) ولانها لو وجبت لوجب للقاسم

لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو خيار شرط أو بيع بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو يكسر الرأى ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطا على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة انه ثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهم ما يثبتان لخلل فى الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم

الشرط المتسدد الراجع الى العوض فى عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين فى ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما ما كان عدم اسقاط ما يصلح لأن يكون عوضا فى مطلق البيع فغير مفيد لان الشفعة انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذى أخذه المشتري لا بمطلق جنس الثمن وأما الثانى فلان اعتبار قيمة مثل النحر فى البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل النحر ليس بحال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له وأما فى البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم يبيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر فى فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا فى البيع الفاسد فلا معنى للاراد المذكور أصلا (قوله وإذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا فى المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجب للقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذى يزول به ملك كل واحد من المتقسمين عن الجزء الشائع فى حصة الآخر وأما ثانيا فلان لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التذمر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذى يتحقق فى حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اه (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلان المقاسم انما كان شريكا قبل الاقسام وأما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقه للمانع كما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك فى استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك ألا ترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار اسقوط حق الشريك كما مر فى أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فهاهنا لم يثبت فيه (قوله ومراده الرد بالبيع بعد القبض) قال

(٥٦ - تكمله سابع) رواية الفتح نقد أثبت الفقيه أبو الليث رحمه الله فى شرح الجامع الصغير ومعناها لا شفعة ولا خيار رؤية فى قسمة لانه لو رده بخيار الرؤية وهو متمكن من طلب القسمة فى ساعته لم يكن فى الرد فائدة

وفيه نظر سيعلم وأنكر نفي الاسلام كالمصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والامام فاضل خان في شرح الجامع الصغير جل روايته الفتح على ماذا كانت التركة مكبلاً وموزناً من جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرثة غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية امان ان يكون غير ما وقع في الاولى ومثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقاراً أو غيرهم فانهم اذا قسموا تأتبار بما يقع نصيبه فيما يوافق فيه فيكون مفيداً والله أعلم (٤٤٣)

باب ما يبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجهه اعلم ان تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفعين بوجوب الشفعة أو لم يعلم وعلم من أسقط اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعناق (قوله واذا ترك الشفعين الا شهدا حين علم) يعني طلب الموائبة بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعتها وانما فسرنا بذلك لثلاث دماء كقول هذا أن الا شهدا ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أي طلب الموائبة وقوله ههنا لعارضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب الموائبة فهو على شفعتها وكذا ان طلب الموائبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم فان

باب ما يبطل به الشفعة

قال (واذا ترك الشفعين الا شهدا حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعتها) لعارضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم جماعة من الشراح أي مراد القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورده عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في ههنا بين القبض وعدمه اه وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليست أمثلة اه كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية بحمل قول القدر في قوله أو يعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدر عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخاً من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلاً سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله أو يعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله ههنا ما سبق (أقول) الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وان ما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلا يلو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدر في وان ردها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو يعيب بقضاء قاض وهذا لما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له درية بأساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلا نعدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدر في الرد بالعيب أو يعيب بقضاء قاض عاماً شامل للصورة في القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيّد بذلك القيد مصوناً عن اللغو وغير مخجل بعمومه فرداً آخر أيضاً لا يمكن القيد من قبل عموم ذلك الفرد الآخر ههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضاً غاية الامر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تأمل توقف

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله واذا ترك الشفعين الا شهدا حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعتها لعارضه عن الطلب)

فان

طلب الموائبة فهو على شفعتها وكذا ان طلب الموائبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحه فيما تقدم

(قوله وفيه نظر سيعلم) أقول بعد أسطر

(باب ما يبطل به الشفعة)

قال المصنف (واذا ترك الشفعين الا شهدا حين علم بالمبيع الخ) أقول قوله حين علم إشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أشار اليه في باب طلب الشفعة فتذكر (قوله يعني طلب الموائبة) أقول يعني ترك نفسه طلب الموائبة مطلقاً أشهد أولاً

(وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو ان يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع المشتري سلمت شفعة هذه الدار ان اجر تيم أو أعرنتها (فبالفساد) وهو ما ذكره المال (أولى) والفاصل بين الملازم وغيره ان ما كان فيه (٣ ٤ ٤) توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة

والعادية والتولية ونحوها فهو ملازم لان الاخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كاخذ العوض فهو غير ملازم لانه اعراض عن لازم الاخذ واذ لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به

(قوله فلان حق الشفعة

ليس بحق متقرر)

أقول على هذا التقرير

لا يوجد شرط انتاج الشكل

الاول الا أن يتجه

الصغرى موجبة سالبة

المحمول والا حسن أن

يقرر هكذا حق الشفعة

ليس بحق متقرر وكل حق

يصح الصلح عنه حق متقرر

حتى يكون من الشكل

الثاني (قوله واما رد

العوض فلان حق الشفعة

الخ) أقول والحق عندي

أن قوله لان حق الشفعة

دليل على رد العوض وقوله

ولا يتعلق اسقاط الخ على

بطلان الشفعة على عكس

ما قرره الشارع وعليك

قال (وان صالح من شفيعته على عوض بطلت شفيعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطل للشفعة وذ كر قبل هذا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيره ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عنده هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكرا المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فواجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد بهذا الاشهاد نفس طلب الموائبة ولكن لما كان طلب الموائبة لا ينقل عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتب في تاج الشريعة وصاحب الكفاية بنفسه الاشهاد المذكور ههنا بطلب الموائبة حيث قالوا اذا ترك الشفيع الاشهاد أى طلب الموائبة واستغنوا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية أيضا بما فسرناه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة وقوله ههنا لا عراضه عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل لان جعل قول المصنف ههنا لا عراضه عن الطلب عاضدا أى معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب الموائبة معج اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لا عراضه عن الاشهاد دون أن يقال لا عراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقوله ما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا اه واما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة عاضدا أيضا ذلك فليس بمعج اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب الموائبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب الموائبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب الموائبة نفس الاشهاد فاین هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحد ههنا عاضدا لآخر (قوله وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية

بالأمل وكن الحاكم الفصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفيعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفيعتك فيما اشتريت ملازم على ما ذكره من التفسير وغير ملازم على ما ذكره في بيان الفاصل فليست أمثل قال المصنف (فبالفساد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فسادك قلت في الدليل الاول فليست أمثل (قوله ونحوها فهو ملازم) أقول كالمزارعة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول اذا كان المراد بالفساد عدم الملازمة لا يتوجه السؤال

في شرح هذا المقام وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض أما بطلان الشفعة فلا نحق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلا نحق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكرا للمال مثل قول الشفيع للشعري سلكت شفعة هذه الداران أجزئتهما أو أعتريتهما فبالفساد وهو ما ذكر فيه المال أولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق للشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض بطريق اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعاً معنى المقام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الخاصين من التوزيع أعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى حيث قال ولنا فيه نظران اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا يرى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلكت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد اشترتها لغيره أو قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعثتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذه ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد باردوما كان اسقاطا محضاً صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم اه قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل الشفعة أيضاً لانه انما يبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب أن لا تبطل كافي الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة قيل له بأن المال لا يصلح عوضاً عن الشفعة فصار كالتجر والخزير في باب الخلع والصلح عن دم الممدوعة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد المكفول من المرأة والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط بعوض معني فان الثمن سلم له فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة اه ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني (أقول) لا يذهب عليك أنه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا ماساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فأحدهما معزول عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب الغاية أولاً كلام الشيخ أبي المعين بتمامه فقلا عنه حيث قال وأورد الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالاً وجواباً في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفيعته أيضاً الى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى ولم يجب عنه فينبه ما بون لا يخفى

لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصحه الاستدلال وقوله (على عوض) اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصلحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني أن يصلحه على أخذ بيت بعينه من الدار حصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجزئة وله الشفعة لفقد الاعراض

(قوله لانا نقول ثبت بالدليل الاول) أقول دلالة الدليل الاول على فساد كلا الشرطين لا الثاني فقط تأمل (قوله اذا كان على بعض الدار صح) أقول لان بعض الشيء لا يكون عوضاً عنه

قوله (وكذا الوبايع شفيعته) يعني أنها تبطل (المأبينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان أعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعناق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجب بقوله بخلاف القصاص لانه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره ان ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقرا فأما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقرا وبخلاف الطلاق والعناق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال الزوج للخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختارني ترك الفسخ بألف فاختارت الخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لانه مال قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة (٤٤٥) والعوض (بمنزلة الشفعة) في رواية

كتاب الشفعة والحوالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل

فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينهما وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط الإتمام الرضا وله إذا لا تسقط بالسكوت وتتمام الرضا انما يتحقق اذا وجب المال وأما حق الشفعة فليس كذلك لانه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال

وكذا الوبايع شفيعته بمال المأبينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعناق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمغيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختارني ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأن ذلك على وجهين أحدهما أن يصلح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لا يفقد الأعراض والثاني أن يصلح على أخذ نيب بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الأعراض اهـ (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نأنا لانسان في قوله على عوض إشارة إلى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة اذا لا يتصور إشارة قوله المذكور إلى ذلك لا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا اذا لا يصلح شيء منهما لأن يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة تبطلت الشفعة ورد العوض نعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا في بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعبرات لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب اليه كما دعاها صاحب العناية وأما ثانيا فلا نأنا لتعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الأعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الأعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا الوبايع شفيعته بمال المأبينا)

(وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرف في موضعه) أي في المبسوط

قال المصنف (وكذا الوبايع شفيعته بمال المأبينا) أقول يعني أنفاو أنت تعلم أن ما بينه لا ينبغي تمام المدعى ههنا اذا لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقرا) أقول يعني كان القصاص حقا متقرا (قوله فاما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث اذ حق الشفعة انما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك تغيير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل غنه وبعبارة أخرى ان الدار كانت مباحة التملك جبرا بمثل غنه وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليتامل فيه تجاوبه غير خفي (قوله ووجهه ان حق الكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاضافة لا تدني ملازمة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفيعته الخ) اذا طلب الشفيع الشفعة وأثبتها بطلين ثم مات قبل الاخذ فاما أن يكون موته قبل القضاء بالشفعة أو تسليم المشتري اليه أو بعد ذلك فإن كان الاول بطلت شفيعته وليس لو رثته أن يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي الاول كالثاني بناء على أصله أن الحقوق تنقل الى الورثة سواء كانت مما يعرض عنها أو لم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث لكون حاجته كحاجته وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموث والذي ثبت للوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه الى وقت القضاء ولهذا أزاله باختياره بأن باع تسقط وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت للشفيع حق أن يتملك والخيار بين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق (ولا تباع الدار في دين المشتري ووصيته) أي لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فلو كان مقدما على حق من ثبتت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصي له فان باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فالشفيع أن يقضيه كالمو باعها المشتري في حياته لا يقال يبيع القاضي حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الاجماع والاجماع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون (٤٤٦) نافذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما أن يكون بائنا أو بالخياره فان

كان الاول بطلت شفيعته لزوال السبب وهو الاتصال بالملك قبل التملك (ولهذا) أي ولان زوال السبب مبطل (يزول به) أي بالبيع وان لم يعلم الشفيع بشراء المشفوعة لان العلم بالسقط ليس بشرط لصحة الاسقاط كما اذا سلم صريحا أو ابراعن الدين ولا يعلم أن له ديننا وطولب بالفرق بينها وبين ما اذا ساوم الشفيع المشفوعة من المشتري أو استأجرها منه فان علم بالشراء سقطت والا فلا وأجيب بأن المساومة والاجارة لم يوضع للتسليم

قال (واذا مات الشفيع بطلت شفيعته) وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة أما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقضيه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموث يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه (وان مات المشتري لم تبطل) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي أو الوصي أو وصي المشتري فيه الوصية فالشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينتقض تصرفه في حياته قال (واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفيعته) لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا أو ابراعن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخياره لانه يمنع الزوال ففي الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة) والاصل ان من باع أو بيع له لاشفعة له أشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق منقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وأنت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا اذا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى اه أقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي وأما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة عمال فليس يبيع حقيقة يعرف ذلك مما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق منقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن يبيع حقيقة لانه من

المعاوضات

والابراء

وانما تسقط جهالاتها على رضا الشفيع والرضا بدون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء ورد بأن يبيع ما يشفع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم أنه يبطلها وان لم يعلم وأجيب بأن بقاء ما يشفع به بشرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشر وط فكان كل موضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم تبطل شفيعته لان الخيار يمنع الزوال ففي الاتصال قال (ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كالمو كبل بالبيع أو يبيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له

قال المصنف (ولانه بالموث يزول ملكه) أقول عطف على المعنى كانه قال لما مر في البيوع ولانه (قوله لان العلم بالسقط الخ) أقول لعلى المراد العلم بالسقط لوصف كونه مسقطا (قوله وان كان الثاني الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بثانية أسطر تخمينيا وهو قوله فان كان الاول بطل شفيعته لزوال السبب (قوله وهو الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (ووكيل المشتري الى قوله لاشفعة له) أقول قال في غاية الوفاية من باع عقارا هو شفيعه كالمو كبل بالبيع أو يبيع له كرب المال اذا باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالمو كل بالشراء فله الشفعة الخ اه كلامه معناه الموكل بالشراء اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الآخر الادنى منه سقط به وان ساواه تناصفا

(واذا قيل للشفيع ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضا بجوار غيره قال محمد رحمه الله في (٤٤٨) الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشترى بها لنفسك وقد

اشترى بها غيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق يصح تعليقه بالشرط فلا يترك الابعد وجوده وهذا كما ترى يناقض قول المصنف رحمه الله فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روي عن أبي يوسف على عكس هذا لانه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف دون النصف وقد تكون حاجته الى النصف ليست به مرافق مله ولا يحتاج الى الجميع **فصل** لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

قال (واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لاشفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه **فصل** قال (واذا باع دارا لامقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له) لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه

غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفاً أو كذا أو أقل كان التقييد بكونها ألفاً أو كذا غير مفيد قطعاً فان لم يكن مغللاً بناء على اهمامه في بادئ الرأي تقييد الحكم أيضاً فلا أقل من كونه مستدركا وان عذ السلوك مسلك الدلالة بالاولوية مع كونه اهمامه في هذا المقام كفي أن يقال قيمتها أكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر أقل منه أو مساوياً له أولى فلا محل من استدراك أحد القيد (قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني تفاوت الناس في الجوار فالرضا بجوار هذا لا يكون رضاً بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشترى بها لنفسك وقد اشترى بها غيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك الابعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه ولا يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح الاتفاق فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذ كرنا ما يتعلق به من الكلمات هناك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وأنت خير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فاسبق كان من الشرط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكره فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يبدل تسليمه على الاعراض اذا قدر له على أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يبدل على الرضا بجوار عمر وفليتأمل اه كلامه (أقول) هذا ليس بسديد لان حاصله جعل الشرط المذكور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط الخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وجعل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط الخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يبدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئاً من كلامهما لا يساعد ذلك أصلاً ما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز نفس الشرط الجائز لا الشرط الجائز بخصوص الجوار ان يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم توجد تلك في الفاسد وأما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعناق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطاً محضاً انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقاً لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذي لا يبدل على الاعراض فان كونه اسقاطاً يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تأمل وتف

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

لاحتمال

الدار لم يبدل تسليمه على الاعراض اذا قدر له لأخذه وكذا تسليمه لزيد لا يبدل على الرضا بجوار عمر وفليتأمل

فصل واذا باع دارا

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه وكلامه واضح وقوله (لما ينال) اشارة الى قوله لانتقاط الجوار وقوله (الآن المشتري في الثاني شريك) لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله (فان اراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفعين في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله (الاذا استحققت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى يعني أنها (٤٤٩)

الضرر على البائع على تقدير ظهور مستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار يتضرر به أى رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضاعف قيمة الدار وقوله (والاوجه الخ) تقريره اذا اراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالموابع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

لما ينال قال (واذا ابتاع منها سهمان ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني) لان الشفعين جار فيهما الآن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الادرهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثلث ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثلث دون الثوب لانه عقدا آخر والثلث هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى نعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه كذا في العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال الحيلة لاسقاط شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به في قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وراعه المبيعة فتدبر اه (أقول) الاظهر عندي أن يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به دفع تأذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تأذي نفس البائع ولا يذهب عليك أن هذه الفائدة مما تحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيان فقال ومن الحيلة أنه اذا اراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر لو اراد الشفعين أن يأخذها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالموابع الدينار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف اه واقفي أثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيان الا أنه لم يتعرض ليكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محض لكلام المصنف حيث قال وقوله والاوجه الخ تقريره اذا اراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى اخر ما ذكر في النهاية معزى الى فتاوى قاضيان (أقول) لا يذهب على ذي فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيان وفي الشرحين المزبورين فان معنى كلامه أن يباع بكل الدرهم التي هي الثمن دينار ومعنى ما ذكر فيها

(٥٧ - تكمله سابق) الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه) أقول قوله قبل متعلق بقوله شفعة والضمير في لكونه راجع الى الجزء الاول والضمير في قوله ملكه راجع الى المشتري (قوله تقريره اذا اراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خبير بأن ما ذكره ليس تقرير المافي الكتاب بل ذلك التفسير يرجح له أخرى نعم الجار والشريك على ما ذكره الامام الزيلعي وتقرير ما في الكتاب على أن يدفع اليه بدل الدرهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدرهم ثم اذا استحق العقارين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف الا فتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير فليتلأمل

وقوله (ولا تكره الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد رحمه الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة

مسائل متفرقة ❦ ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كاهو المعهود في ذلك ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه وألفاظه ظاهرة سوى (٤٥٠) مانبه عليه (قوله فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر هي زيادة

ضرر التسقيص فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التسقيص زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تنزع على وجه يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبل قبض المشتري الدار وبعد وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه القدوري قال روى عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبل القبض لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه

قال (ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه ولا يبي يوسف أنه منع عن اثبات الحق فلا يعذر ضررًا وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة

❦ مسائل متفرقة ❦

قال (وإذا اشتري خمسة نفر دار من رجل فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح الآن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا انعقد ما عليه مالم ينقصد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق البدعي البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمي لكل بعض غنا أو كان الثمن حيلة لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا الثمن وههنا تفريقات ذكرناها في كفاية المنتهى

أن يقبض بعض غنا أو يبيع بالباقي دنانير وعن هذا قال المصنف فيما إذا استحق المشفوع فوجب رد الدينار لا غير وقالوا نعم لا يرجع المشتري بعشرين ألفًا وإنما يرجع بما أعطاه نعم كلا العينين مشتركان في أن يباع الجوار والشركة وأن لا يتضرر بائع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح أحدهما لأن يكون بيانًا وشرحًا للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال في العناية أخذًا من النهاية ومعراج الدواية اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أنا أوليها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى (أقول) في هذا التقرير يرشئ وهو أنه إما أن يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وأما ما كان لا يخلو التقرير المزدكور عن اضطراب أما على الأول

وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا انعقد ما عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار فلان حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق البدعي البائع وقوله (لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا الثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحدًا والبائع اثنين واشتري نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن طلق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا العيب حيث اشتري كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع

❦ مسائل متفرقة ❦ (قوله يتضرر به الدخيل ضررًا زائدًا) أقول يعني على الأخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يحبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق البدعي

(ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشري أو ترك) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للشري ادفع الى البائع حتى أخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) ليعيد الدار الى البائع (وان كان له فيه نفع بعود العهدة الى البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبيع نصيبه) فان للشفيع نقضه (لان العقد ما وقع مع الذي قاسم) فانه لم يجز بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة والشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفع النصف الذي صار للشري (يدل على أن الشفع بأخذ النصف الذي صار للشري في أي جانب كان وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر قال (٥١٠) (وتسليم الأب والوصي الشفعة) قد ذكرنا أن الحل والصغير في استحقاق الشفعة

والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لا ستوائهم في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الأب ثم وصيه ثم جده أو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفعية إذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله) وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفعية إذا بلغ قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل بطلبها قائم

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاومه البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشري أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له فيه نفع بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع نصيبه حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفع بأخذ النصف الذي صار للشري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبق جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال (ومن باع دار وله عبد مآذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلولا الشفعة) لان الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغير بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعية من يبيعه له قال (وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفعية إذا بلغ) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شرعا دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدينه وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرا ربه ولهما أنه في معنى التجارة فيملك ان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الأب والوصي

فلان القطع يكون الثاني محتلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كما ذكره وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال

مقام الموكل في الخصومة ومجلس القاضي وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائباً عن الموكل مطلقاً وعند محمد وزفر رحمه الله لا يصح منه التسليم أصلاً وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روي أن محمد أبا حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لأبي يوسف (لمحمد وزفر رحمه الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدينه) وفي بعض النسخ كدينه بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالابراء عن الديون والعقود القصاص الواجب له (ولانه شرع لدفع الضرر) وفي ابطاله اضرا ربه ولا يبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه في معنى التجارة لانه تملك العين فيملكه بوضعه أنه لو أخذها الوالي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضعه بقوله (ألا ترى) وهو واضح

(قوله فانه لم يجز بين المتعاقدين) أقول أي المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحل الخ) أقول لم يدكر الحل فيما تقدم يعني في باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمه الله) أقول خالف الشارح ههنا ترتيب المشروح (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس القاضي) أقول يعني في محل الخصومة الخ

وقوله (ولانه دائر) دليل اخر

(٤٥٣)

يتضمن الجواب عن الدية والقود لان النظر في هذا قد يكون في تركه ليسبق الثمن

على ملكه بخلاف الدية والقود فان تركهما ترك بلا عوض فيكون اضارا به وقوله (وسكونهما كابطالهما) لما كان ما ذكر من الدليل مختصا بالتسليم اُردفه بقوله وسكونهما كابطالهما (لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها) أو القين السير من المثل (فان بيعت بأكثر من قيمتها) بفن فاحش (قبل جاز التسليم بالاجماع) يعني من غير خلاف لحمد وزفر لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق (وهو الاصح) لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم (كالاجنبي) فيكون الصبي على حقه اذا بلغ (وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة لا يصح التسليم) منهما واذا لم يصح عنده لا يصح عند محمد وزفر أيضا لانهم لم يربا تسليها اذا بيعت بمثل الثمن فلا ن لا يربا اذا بيعت بأقل بمحاباة كثيرة أولى وانما خص قول أبي حنيفة رحمه الله بالذكر لان المحاباة الكثيرة لا يخرجها عن كونها بمعنى التجارة ولهما ولاية الامتناع عن الاتجار في مال الصغير ولكن قال لا يصح التسليم في هذا لان تصرفه مافي

ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليسبق الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكونهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة انه لا يصح التسليم منهما أيضا ولارواية عن أبي يوسف والله اعلم

بعض المشايخ غير مكر وه الخ فلا ن القطع بكون الاول مكر وه لا يصح حينئذ لان شمس الأئمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لا يبطال حق الشفعة لأبأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء لمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام قاضيان في فتاواه ذكر محمد رجة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول أبي يوسف لا تكرهه وعلى قول محمد تكرهه وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكرهه وقال بعض المشايخ تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لا يبطال حق واجب وقيل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتأذى منه فلا بأس به وقال الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي لا بأس بالاحتتيال لا يبطال حق الشفعة على كل حال أما قبل وجوب الشفعة فلا شك كالوترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال أيضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا لاضرار بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيان

م

ثم الجزء السابع من تكملة فتح القدير ويليه الجزء الثامن وأوله كتاب القسم

ماله انما يكون بالتى هي أحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (ولارواية عن أبي يوسف) لانه كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله أعلم بالصواب

فهرست الجزء السابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صفحة	صفحة
باب فسخ الاجارة ٢١٩	باب اقرار المريض ٢
مسائل منشورة ٢٢٤	فصل في بيان الاقرار بالنسب ١٣
(كتاب المكاتب) ٢٢٥	(كتاب الصلح) ٢٢
فصل في الكتابة الفاسدة ٢٣٤	فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال الخ ٣٠
باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ٢٤٢	باب التبرع بالصلح والتوكيل به ٣٨
فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ ٢٤٩	باب الصلح في الدين ٤٠
فصل واذا ولدت المكاتبه من المولى الخ ٢٥٣	فصل في الدين المشترك ٤٦
باب من يكاتب عن العبد ٢٦١	فصل في التخارج ٥٢
باب كتابة العبد المشترك ٢٦٣	(كتاب المضاربة) ٥٧
باب موت المكاتب وعمره وموت المولى ٢٧٠	باب المضارب يضارب ٧٠
(كتاب الولاء) ٢٨٠	فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ ٧٣
فصل في ولاء الموالاة ٢٨٨	فصل في العزل والقسمه ٧٤
(كتاب الاكراه) ٢٩٢	فصل فيما يفعله المضارب ٧٨
فصل وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر الخ ٢٩٧	فصل آخر ٨٣
يشرب الخمر الخ ٢٩٧	فصل في الاختلاف ٨٦
(كتاب الحجر) ٣٠٩	(كتاب الوديعة) ٨٨
باب الحجر للفساد ٣١٤	(كتاب العارية) ٩٩
باب الحجر بسبب الدين ٣٢٤	(كتاب الهبة) ١١٣
(كتاب المأذون) ٣٣٢	باب الرجوع في الهبة ١٢٩
فصل واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة الخ ٣٥٧	فصل ومن وهب جارية الاصلها الخ ١٣٩
(كتاب الغصب) ٣٦٠	(كتاب الاجارات) ١٤٥
فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ٣٧٥	باب الأجور متى يستحق ١٥٢
فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ ٣٨٦	فصل ومن استأجر رجلا لينهب الى البصرة الخ ١٦٣
فصل في غصب ما لا يتقوم فيها ٣٩٧	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا ١٦٤
(كتاب الشفعة) ٤٠٥	باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها ١٧٤
باب طلب الشفعة والخصومة فيها ٤١٨	باب ضمان الأجير ١٩٩
فصل في مسائل الاختلاف ٤٢٤	باب الاجارة على أحد الشرطين ٢٠٨
فصل فيما يؤخذ به المشفوع ٤٢٧	باب اجارة العبد ٢١٣
فصل واذا اشترى فيها أو غرس الخ ٤٣٠	باب الاختلاف في الاجارة ٢١٨

صحيحة

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب ٤٣٥

باب ما يطل به الشفعة ٤٤٢

صحيحة

فصل واذا باع دارا الامقدار ذراع منها الخ ٤٤٨

مسائل متفرقة ٤٥٠

و غت